

UNIVERSIDAD DE PANAMA
VICERRECTORIA DE INVESTIGACION Y POSGRADO
PROGRAMA DE MAESTRIA EN DERECHO PROCESAL

**PROCEDIMIENTO ESPECIAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA PARA EL
PROGRAMA DE AYUDA NACIONAL (PAN)**

ELSA E. SANTOS A.

**TESIS PRESENTADA COMO UNO DE LOS REQUISITOS PARA OPTAR AL
GRADO DE MAGISTER EN DERECHO PROCESAL**

PANAMA, REPUBLICA DE PANAMA

INDICE GENERAL

Dedicatoria	vi
Agradecimiento	vii
Resumen	viii
Summary	ix
Introducción	x
CAPITULO I. MARCO METODOLOGICO	1
1.1 Tipo de Investigación	1
1.2 Sujetos o Fuente de Información	1
1.3 Las Variables	1
1.3.1 Definición Conceptual	2
1.3.2 Definición Operacional	3
1.3.2.1 La Percepción	3
1.3.2.2 Discreción	3
1.3.2.3 Oportunidad	4
1.3.2.4 La Exclusión	4
1.3.3 Definición Instrumental	4
1.4 Descripción de Técnicas e Instrumentos	5
1.5 Tratamiento de la Información	5
CAPITULO II. GENERALIDADES DEL PROBLEMA	6
2.1 Antecedentes	6
2.2 Justificación del Problema	8

Original

22422

2.3	Formulación del Problema	9
2.4	Alcance o Delimitación del Problema	10
2.5	Objetivos Generales y Específicos	11
2.5.1	Generales	11
2.5.2	Específicos	12
2.6	Hipótesis de la Investigación	13
 CAPITULO III. MARCO DE REFERENCIA		14
3.1	Evolución Histórica Constitucional y Legal de la Contratación Pública en Panamá	14
3.2	Marco Teórico	17
3.2.1	Consideraciones Generales sobre la Contratación Pública en Panamá	17
3.2.1.1	Concepto del Contrato Administrativo	18
3.2.1.2	Marco Legal de la Contratación Pública en Panamá	22
3.2.1.3	Extinción de los Contratos Administrativos	24
3.2.1.4	Principios de Contratación Pública	28
3.2.1.5	Principales tipos de Contrato Administrativo	33
 CAPITULO IV. EL RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DEL PROGRAMA DE AYUDA NACIONAL (PAN)		35
4.1	Generalidades	35
4.2	Antecedentes del Sistema de Contratación Pública	35

4.3	Fundamentos Constitucionales y Legales	37
4.4	Mecanismos de Selección de Contratistas	39
4.5	Contrataciones a través del Mecanismo de “Invitación Directa”.	40
4.5.1	Aviso de Convocatoria	41
4.5.2	Propuestas	44
4.5.3	Acta de Apertura de Propuestas	46
4.5.4	Integración de la Comisión Evaluadora	47
4.5.5	Adjudicación	48
4.5.6	Contrataciones que requieren la Aprobación del Consejo Directivo del Programa de Ayuda Nacional	49
4.6	Medios de Defensa	50
4.6.1	Recurso de Reconsideración	51
4.6.2	Recurso de Apelación	53
4.6.3	Acciones en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa	54
4.7	Discrecionalidad Administrativa	57
4.7.1	Según la Doctrina	58
4.7.2	Fundamento Jurídico de la Discrecionalidad Administrativa	59
4.7.3	La Potestad Reglada y la Potestad Discrecional	60
4.8	Jurisprudencia y Comentarios	66
4.9	Estudio Comparativo de la Ley de Contrataciones	70

Públicas de Costa Rica y Colombia en donde exceptúan la aplicación del procedimiento de licitación en Programas de Interés Social	70
CAPITULO V. ANALISIS Y PRESENTACIÓN DE RESULTADOS	75
5.1 Generalidades	75
5.2 Cuestionarios	77
5.2 Entrevistas	83
CAPITULO VI. PROPUESTA	86
6.1 Exposición de Motivos	86
6.2 Propuesta de Anteproyecto de Ley	87
CONCLUSIONES	88
RECOMENDACIONES	102
BIBLIOGRAFIA	103

DEDICATORIA

A Dios Todopoderoso por darme la fuerza necesana para cumplir con esta meta.

A mi madre María E. de Santos por ser ejemplo de lucha y sacrificio; uno de los pilares más importantes de mi vida, por brindarme fortaleza y el apoyo necesario para continuar y enfrentar los retos de la vida sin desfallecer.

A mi hijo Luis G. Díaz S. por su paciencia y ánimo brindado.

A mis familiares y amigos que de una u otra forma me ofrecieron ánimo, apoyo y ayuda incondicional.

AGRADECIMIENTO

A mi Señor Dios todopoderoso, por ser guía, y luz en mi camino.

A mis padres, familiares y amigos, por su apoyo y confianza en mí.

Al Dr. Candelario Santana, por su profesionalismo, por sus valiosos aportes y consejos en la ejecución del presente trabajo de graduación.

RESUMEN

El reglamento que crea el Programa de Ayuda Nacional (PAN) ha sido aprobado por el Órgano Ejecutivo y carece de un procedimiento objetivo que garantice controles eficientes, la transparencia y el debido proceso en la convocatoria, adjudicación y contratación directa de las compras públicas.

El medio impugnativo gubernativo que actualmente existe en el Programa de Ayuda Nacional, se encuentra fundamentado en el Decreto 690 de 22 de julio de 2010, constituye un acto burocrático más, puesto que la misma autoridad que decidió adjudicar un acto tiende a resistirse a aclarar, modificar, revocar o anular su decisión.

En el año 2010, por medio del Decreto Ejecutivo 690 se transformó el Fondo de Inversión social (FIS) en Programa de Ayuda Nacional (PAN), debido a los numerosos escándalos de corrupción que rodearon esta institución.

El presente trabajo de investigación implica el análisis de los trámites, precontractuales y contractuales, establecidos formalmente en el referido reglamento, y de sus correspondientes modificaciones al estatuto reglamentario del citado Fondo de Emergencia Social, hoy Programa de Ayuda Nacional (PAN); los constantes cambios que como organización se han generado en diferentes administraciones, la ausencia de un procedimiento precontractual y contractual objetivo, establecido mediante ley formal, que sin menoscabar lo expedito del trámite precontractual, cumpla con la transparencia que exige la ciudadanía y con controles eficientes, en todos estos actos licitatorios o de contrataciones por el mecanismo denominado “ invitación directa”.

Es por ello, que consideramos fundamental reforzar esta institución dándole fuerza de Ley, transformando y estabilizando su organización y mejorando los controles en todos los procesos operacionales a fin de lograr transparencia incluyendo temas de ética y moral para evitar el sesgo político de que siempre se le ha acusado.

SUMMARY

The regulation that creates the Program of National Help, has been approved by the Executive Organ and lacks an objective procedure that guarantee efficient controls, the transparency and the had to process in the announcement, adjudication and direct contracting of the public shopping.

The half impugnation gubernator that at present exists in the Program of National Help, finds based in the Decree 690 of 2010, constitutes a bureaucratic act more, since the same authority that decided to award an act tends to resist to clear, modify, revoke or cancel his decision.

In the year 2010, by means of the Executive Decree 690 transformed the social Investment fund, in Program of National Help, because of the numerous scandals of corruption that surrounded this institution.

The present work of investigation involves the analysis of the formalities established formally in the referred regulation, and of his corresponding modifications to the statutory statute of the quoted Bottom of Social Emergency, today Program of National Help, the constant changes that like organization have generated in different administrations, the absence of a procedure pre contractual and contractual aim, established by means of formal law, that without lessening the expedite of the formality pre contractual, fulfill with the transparency that demands the citizenship and with controls efficient, in all these acts licitation or of contracting by the mechanism designated “ direct invitation”.

It is thus, that consider important to reinforce this institution giving him strength of Law, transforming and stabilizing his organization and improving the controls in all the operational processes to end to attain transparency including subjects of ethical and morals to avoid the political bias that it always has accused him .

INTRODUCCION

El Programa de Ayuda Nacional en Panamá (PAN), adscrito al Ministerio de la Presidencia, discrecionalmente puede realizar sus compras de manera directa o mediante el procedimiento de selección de contratista. Generalmente realiza sus compras por invitación directa, lo cual implica la total ausencia de trámites objetivos. El problema es mayor porque esos trámites no aparecen establecidos en una ley formal, aprobada por la Asamblea Nacional, situación que procura que las mismas generen desconfianza en la ciudadanía por la falta de transparencia.

Mediante Decreto Ejecutivo No.146 de 30 de mayo de 1990 (GO 21,554 de 8 de junio de 1990) el Órgano Ejecutivo estableció formalmente el Programa de Acción Social (PAS) y creó un organismo administrativo denominado Fondo de Emergencia Social (FES), adscrito al Ministerio de la Presidencia, el cual debía actuar como intermediario entre los organismos ejecutores de proyectos y los recursos financieros, para realizar los objetivos del Programa de Acción Social (PAS).

En dicho cuerpo reglamentario el Órgano Ejecutivo estableció los objetivos generales del citado Programa de Acción Social, creó e integró un Consejo Nacional como órgano de dirección, le estableció funciones y determinó que el Fondo de Emergencia Social (FES) estaría administrado por una Junta Directiva conformada por miembros no gubernamentales, escogidos de sectores afines a los objetivos y actividades del Fondo de Emergencia Social, y el Director del FES.

Determinó el Decreto Ejecutivo No.146 de 30 de mayo de 1990 que para el expedito y oportuno cumplimiento de los objetivos del Fondo de Emergencia Social y mientras estuviera vigente, éste quedaba exceptuado del trámite de licitación pública, concurso y solicitud de precios, mecanismos precontractuales propios de la época, en razón del urgente interés nacional y beneficio social.

Como se observa, este Fondo de Emergencia Social (FES) nace exceptuado del trámite licitatorio, es decir, del trámite de acto público, exigido como regla general en el Artículo 266 de la Constitución Política de Panamá.

Frente a la necesidad de contar con un instrumento jurídico efectivo ante los escándalos de corrupción que rodearon el Fondo de Inversión Social, el Órgano Ejecutivo propone la creación de un programa denominado Programa de Ayuda Nacional, adscrito al Ministerio de la Presidencia, para la aplicación de las políticas de desarrollo social dirigidas a los sectores pobres y marginados de la sociedad, que procure la atención de sus necesidades socioeconómicas y ejecute proyectos de asistencia social, beneficencia y apoyo en las comunidades, a través de procesos transparentes.

En la actualidad el Programa de Ayuda Nacional (PAN) cuenta con un Decreto Ejecutivo No.690 de 22 de julio de 2010, como el estatuto reglamentario sobre el cual descansa toda la actuación de ese ente administrativo.

El propósito de este Programa es cumplir con el objetivo estatal de planificar el desarrollo económico y social mediante un organismo especializado, que en este caso sería el Programa de Ayuda Nacional (PAN), tal como lo determina el Artículo 282 de la constitución política panameña, que señala que el Estado planificará el desarrollo económico y social, mediante organismos o departamentos especializados cuya organización y funcionamiento determine la Ley, por lo que le corresponde a la Secretaría Social de la Presidencia de la República realizar monitoreos y evaluaciones de los programas y proyectos sociales que ejecute el Estado, a fin de sugerir estrategias para la mejor consecución de este fin

Según el artículo 16 del Decreto Ejecutivo No. 690 se permite realizar compras o contrataciones a través de invitación directa o mediante el proceso de selección de contratista lo que ha consentido es que se medie una considerable ausencia de formalismos y procedimientos, mismos que al ponerlos en ejecución procedimental garanticen el logro del objetivo contractual de manera transparente.

No conocemos de un informe de Rendición de Cuentas que nos ayude a determinar si el Programa cumple con estos objetivos, puesto que los mismos

constituyen la “guía obligante” para realizar las contrataciones de obras, de servicios y de suministros.

La administración debe contar con un detallado reglamento que predetermine los pasos a seguir con controles eficientes y efectivos para garantizar la transparencia y debido proceso en el curso de la contratación pública que allí se lleva a cabo, tendiente a satisfacer las necesidades de la población

La cultura contractual estatal panameña exige que dicho reglamento no sea de exclusiva conformación por parte del Órgano Ejecutivo, sino que sea el pleno del “control político” del Órgano Ejecutivo, es decir, la Asamblea Nacional, quien a través de una ley formal, discutida en “tres debates, en días distintos” y sancionada por el Ejecutivo en la forma que dispone la Constitución Política, logre establecer ese procedimiento al igual que se ha conformado lo que hoy día es la contratación pública panameña, contenida en el Texto Único de la Ley 22 de 2006.

Esta legislación de contratación pública establece las reglas y los principios básicos de obligatoria observancia que rigen en los contratos públicos que realiza el Gobierno de Panamá, las entidades autónomas y semiautónomas, los intermediarios financieros y las sociedades anónimas en las que el Estado sea propietario del cincuenta y uno por ciento (51%) o más de sus acciones o patrimonios, procurando garantizar la participación de un mayor número de oferentes permitiendo una mayor competencia, igualdad de oportunidades, publicidad del acto público, transparencia en la gestión pública, mayor control y rendimiento de los fondos públicos y mayor equidad y justicia para los participantes.

No obstante, según el artículo 67, del Texto Único de la Ley 22, se establece que “los contratos que celebre el Fondo de Inversión Social estarán exceptuados de la aplicación de la presente Ley”, esto quiere decir, que mencionada Ley se le aplicará en forma supletoria a los procedimientos de compras y contrataciones realizados por el Programa de Ayuda Nacional (PAN).

El tema es de vital importancia; sin embargo, la bibliografía es muy exigua, razón por la cual proyectaremos el trabajo de una manera didáctica en procura de superar las expectativas.

Esta investigación se desarrolla en cuatro (6) capítulos, mismos que están íntimamente relacionados entre sí, permitiendo al lector una amplia panorámica del tema para una mejor comprensión del mismo.

El Capítulo Primero trata sobre el Marco Metodológico, el Tipo de Investigación, la fuente de información, sus variables, descripción de técnicas e instrumentos y finalmente el tratamiento de la información.

El Capítulo Segundo ensaya las Generalidades del Problema, presenta el Planteamiento del Problema, justificación, formulación, objetivos, alcance y delimitaciones y la hipótesis de la investigación.

En el Capítulo Tercero, encontraremos el Marco de Referencia, sus antecedentes constitucionales y legales al igual que sus orígenes en la normativa legal de la codificación fiscal panameña, su posterior reglamentación a través de Decretos Ejecutivos hasta la promulgación por primera vez en Panamá de una Ley de contratación pública, con normas sustantivas y adjetivas, principios y plena identificación de las diferentes formas de contratación en la ley panameña. Concepto legal y jurisprudencial del contrato público; forma de extinción, los principios de la contratación pública en Panamá, en la Ley y en la Jurisprudencia, enfatizando la importancia de éstos al momento de contratar entre otros puntos importantes

El Capítulo Cuarto está dedicado a los aspectos procesales en lo atinente al Régimen de Contratación Pública utilizado en el Programa de Ayuda Nacional, sus antecedentes, fundamentos constitucionales y legales, los mecanismos de selección de contratista, la presentación del Recurso de reconsideración y/o el de apelación, con lo cual se agotará la vía administrativa o gubernativa.

El Capítulo Quinto puntualiza el análisis y presentación de resultados obtenidos por medio de la elaboración y aplicación de instrumentos.

El Capítulo Sexto se dedica a ensayar la propuesta de un Anteproyecto de Ley, útil para los fines del Programa de Ayuda Nacional que sin contemplar el detalle de las normas de la actual contratación pública, regulada en el Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, constituyan un trámite administrativo idóneo que garantice el mayor beneficio para el Estado y plena justicia en la adjudicación, logrando a tiempo los objetivos del Programa

CAPITULO I

MARCO METODOLOGICO

1.1 Tipo de Investigación.

La investigación es un procedimiento sistemático, crítico, reflexivo y controlado que le da al investigador la posibilidad de descubrir nuevos datos, hechos, leyes o relaciones en cualquier campo del conocimiento. El presente trabajo denominado tesis, se enmarca dentro de una investigación de tipo mixta; exploratoria, descriptiva y cuantitativa. En este estudio partimos de dos fenómenos de estudio o variables, los cuales describimos y conceptualizamos, estableciendo una relación entre ambos y midiendo al final sus valores, cualidades y características de una manera cuantitativa. Mediante este tipo de investigación, se examina, comprueba o desaprueba una teoría, proponiendo una nueva o la perfección de la existente, además, con base en tal teoría se descubre, propone o reafirma un estudio especial dentro de la disciplina.

1.2 Sujetos o Fuentes de Información.

Entre los sujetos y fuentes de información, se encuentran los servidores públicos que laboran en el Programa de Ayuda Nacional, los fiscalizadores de la Contraloría General de la República, los abogados en ejercicio y los ciudadanos en general.

1.3 Las Variables.

Son elementos con los cuales vamos a medir, controlar, evaluar y estudiar el problema objeto de la investigación, de allí que se requiera la posibilidad real y

cierta de que se puedan cuantificar Mediante nuestro estudio se determinaron las siguientes variables

1. Discrecionalidad Administrativa para la aplicación de los mecanismos de selección de contratista en la contratación pública de obras, servicios y suministros.
2. Ausencia de un procedimiento precontractual y contractual objetivo.

Estas serán definidas desde el punto de vista conceptual, operacional e instrumental.

1.3.1 Definición Conceptual

Discrecionalidad Administrativa, es la que sigue la Administración cuando la norma que determina su finalidad más o menos concreta le permite valorar los medios, guías o caminos a utilizar creando en otros supuestos la unidad de medida para actualizar y aplicar los conceptos indeterminados, no comprobables objetivamente, que se encierran en la norma.¹

Procedimiento de selección de contratistas es el procedimiento administrativo por el cual el Estado, previa convocatoria pública, selecciona al proponente, ya sea persona natural o jurídica o consorcio o asociación accidental, nacional o extranjero, y en igualdad de oportunidades, la propuesta o las propuestas que reúnan los requisitos que señala la Ley, los reglamentos y el pliego de cargos.²

¹ BENAVIDES PINILLA, Víctor Leonel Derecho Administrativo Iberoamericano Vol 2 Florida 2009

² CEDEÑO ALVARADO, Ernesto Texto Único de la Ley No 22 de 2006 Panamá 2013.

Contratación por invitación directa es el procedimiento de contratación en el que intervienen como oferentes solo las personas o empresas expresamente invitadas o seleccionadas por el administrador, que son los únicos a quienes se les solicita la oferta. Es un pedido de ofertas dirigido a personas o empresas determinadas discrecionalmente para cada caso.

La licitación pública es el procedimiento mediante el cual la entidad estatal formula públicamente una convocatoria para que, en igualdad de oportunidades, los interesados presenten sus ofertas y seleccione entre ellas la que mejor convenga.³

1.3.2 Definición Operacional

Durante el estudio investigativo, acerca del procedimiento de contratación pública, hemos considerado precisar tomando en cuenta los siguientes elementos:

1.3.2.1 La Percepción

En este aspecto, se advierte en primer término, que la persona capta la circunstancia que le impresiona, de forma general, dando como resultado una vivencia relacionada con la ausencia de transparencia.

1.3.2.2 La Discreción

En este segundo elemento, interviene el atributo exclusivo de la Administración pública, su absoluta libertad sometida al orden jurídico

³ Ibídem Pág 80

Este concepto es ampliamente evaluado y estudiado en esta investigación con especial énfasis.

1.3.2 3 Oportunidad

Este concepto es el justificante para aplicar discrecionalidad en las actuaciones administrativas; todos los aspectos o situaciones dependerán del momento que se realice y de los objetivos que se persigue

1.3.2.4 Exclusión

En este aspecto, se analiza el privilegio que la norma otorga a la administración para eximirse de la aplicación del procedimiento.

1.3.3 Definición Instrumental.

Define como se estudiará la variable estructurada, los medios o instrumentos para recoger la información. Desarrolla las herramientas con que se recolectará la información.

Consiste en evaluar sustancialmente las opiniones obtenidas mediante encuestas, estadísticas, entrevistas y cuestionarios; que surjan por la aplicación del actual procedimiento especial utilizado en el Programa de Ayuda Nacional y su posible efecto en la contratación de bienes, obras y suministros para el cumplimiento de las obras sociales.

1.4 Descripción de Técnicas e Instrumentos

En la presente investigación, aplicamos como instrumento técnico metodológico, encuestas, estadísticas, entrevistas y cuestionarios, con preguntas abiertas y cerradas que permiten a la persona seleccionada en la muestra representativa exponer libremente su opinión con relación al tema en estudio, además de los resultados que arrojen las otras herramientas aplicadas en esta investigación.

1.5 Tratamiento de la Información

El presente Instrumento Técnico Metodológico, consiste en obtener información con base a las encuestas, , entrevistas y cuestionarios que se ha suministrado a servidores públicos que laboran en el Programa de Ayuda Nacional, los fiscalizadores de la Contraloría General de la República, los abogados en ejercicio y los ciudadanos en general, éstas presentan preguntas de carácter abiertas y cerradas, con el objeto de plasmar sus opiniones personales, que desde luego nos permite mejorar este trabajo de tesis

La información recopilada, a través de los Instrumentos Técnico Metodológico, fueron tabulados. Los datos extraídos fueron sometidos a análisis, y sus resultados convalidados a través herramientas metodológicas de tecnología de la información.

CAPITULO II

GENERALIDADES DEL PROBLEMA

2.1 ANTECEDENTES

Ha sido durante mucho tiempo cuestionado por la sociedad el procedimiento especial de contratación de obras, de servicios y suministros, enfocado a la falta de transparencia en este proceso. Como servidor del sector público y estudioso de procedimiento de contratación pública panameña, se hace necesario promover en el procedimiento de contrataciones de obras, de servicios y suministros ejecutados por Programa de Ayuda Nacional (PAN), un instrumento jurídico que predetermine controles eficientes y efectivos que garanticen la transparencia y el debido proceso.

Es prudente destacar, que durante años, la doctrina extranjera y panameña, ha resaltado la importancia de respetar los principios fundamentales de contratación pública los cuales constituyen precisamente orientaciones que deben guiar la actividad de éstos para que la acción de la administración se dirija a obtener la finalidad o los efectos prácticos a que apuntan las normas constitucionales y legales, buscando el mayor beneficio social al menor costo, que es lo que nos lleva a reflexionar.

Es fundamental, que en este aspecto, podamos calificar desde su inicio hasta la fecha, como este procedimiento de selección de contratistas para las contrataciones de obras, de servicios y suministros mediante los organismos

especializados nace exceptuado del trámite licitatorio, es decir, del trámite de acto público, exigido como regla general en nuestra carta magna

Podemos afirmar con toda certeza, que el procedimiento de selección de contratista es una garantía del bien público; de la administración y del administrado cuando son aplicados los principios fundamentales de contratación pública.

Debemos subrayar, que el propósito de todo gobierno es cumplir con el objetivo estatal de planificar el desarrollo económico y social, tal como lo determina el Artículo 282 de la Constitución Política panameña que señala que el Estado planificará el desarrollo económico y social, mediante organismos o departamentos especializados cuya organización y funcionamiento determine la Ley, por lo que aplican a sus contrataciones procedimientos mas sencillos y rápidos al momento de contratar.

Frente a la necesidad de contar con un instrumento jurídico efectivo ante los escándalos de corrupción que rodearon el Fondo de Inversión Social, el Órgano Ejecutivo propone la creación de un programa denominado Programa de Ayuda Nacional, adscrito al Ministerio de la Presidencia, para la aplicación de las políticas de desarrollo social dirigidas a los sectores pobres y marginados de la sociedad, que procure la atención de sus necesidades socioeconómicas y ejecute proyectos de asistencia social, beneficencia y apoyo en las comunidades, a través de procesos transparentes

En la actualidad el Programa de Ayuda Nacional (PAN) cuenta con un Decreto Ejecutivo No 690 de 22 de julio de 2010, como el estatuto reglamentario sobre el cual descansa toda la actuación de ese ente administrativo

2.2 Justificación del Problema.

El estudio, por el cual nos hemos propuesto a investigar, es el tema del procedimiento especial de contratación pública para el Programa de Ayuda Nacional, el mismo dinme un problema, el cual debemos prestarle atención debido a que nace exceptuado del trámite licitatorio y de la aplicación de la Ley de Contrataciones Públicas a las contrataciones de obras, servicios y suministros ejecutados por el Programa. Por esto señalamos, que el instrumento jurídico que estamos proponiendo, no sea de exclusiva conformación por parte del Órgano Ejecutivo, sino que sea el pleno del "control político" del Órgano Ejecutivo, es decir, la Asamblea Nacional, quien a través de una Ley formal, discutida en "tres debates, en días distintos" y sancionada por el Ejecutivo en la forma que dispone la Constitución Política, logre establecer ese procedimiento al igual como se ha conformado lo que hoy día es la contratación pública panameña, contenida en el Texto Único de la Ley 22 de 2006.

Discrecionalmente el Programa de Ayuda Nacional (PAN), puede realizar sus contrataciones de obras, servicios y suministros, de manera directa o mediante el procedimiento de selección de contratista. Generalmente este programa, realiza sus compras o contrataciones a través de invitación directa consintiendo una total ausencia de formalismos y procedimientos, que al

ponerlos en ejecución procedimental garanticen el logro del objetivo contractual de manera transparente

Consideramos, que es el momento para prestarle la debida atención, a este problema, concienciando nuestra participación, con base a criterios legales, lo cual permitiría un adelanto y avance en la cultura contractual estatal panameña.

Queremos destacar, que las formalidades con que se revista cada una de las etapas del procedimiento de selección de contratista, constituye la única garantía para todos los intereses, sea de la administración o del administrado y de los futuros usuarios del servicio público, es decir, el interés social

2.3 Formulación del Problema

El Programa de Ayuda Nacional, adscrito al Ministerio de la Presidencia, discrecionalmente puede realizar sus compras de manera directa o mediante el procedimiento de selección de contratista. Generalmente hace sus compras por invitación directa, con total ausencia de trámites objetivos. El problema es mayor porque esos trámites no aparecen establecidos en una ley formal, aprobada por la Asamblea Nacional, situación que procura que las mismas generen desconfianza en la ciudadanía por la falta de transparencia.

Es así, como surge como planteamiento del problema, el siguiente cuestionamiento:

¿Con el propósito de evitar la excesiva discrecionalidad de la administración en utilizar el mecanismo de compras o contrataciones por invitación directa cuando las mismas pueden ser planificadas y adquiridas a través de los

procedimientos de selección de contratistas establecidos por la Ley, es necesario proponer un anteproyecto de Ley que procure un procedimiento especial objetivo, eficaz y transparente en el Programa de Ayuda Nacional (PAN)?

2.4 Alcance o Delimitaciones del Problema.

Esta investigación abarca los aspectos más sobresalientes de los trámites precontractuales y contractuales establecidos formalmente en el reglamento para las contrataciones de obras, servicios y suministros utilizados por el Programa de Ayuda Nacional, que desde luego, ha sido cuestionado por ser un sistema de respuesta rápida a las necesidades sociales, debido a la opacidad de sus contrataciones.

En otro ángulo, la doctrina extranjera y nacional, ha sido enfática en la finalidad que da razón a la existencia de los procedimientos de selección, la que no puede ser otra que permitir que la administración adquiera la mejor calidad de bienes y servicios al mejor precio, dando igualdad de oportunidades a los particulares que deseen vincularse con ella.

El poco desarrollo legal del procedimiento especial de contrataciones públicas utilizado por el Programa de Ayuda Nacional, así como la escasa bibliografía que aborda a profundidad el tema en nuestro país, se convierten en las principales limitantes que se han tenido para el desarrollo del presente trabajo.

Nuestra investigación se limitada al procedimiento establecido en el Decreto Ejecutivo No. 690 de 22 de julio de 2010, por el cual se crea el Programa de Ayuda Nacional (PAN).

El tema es de vital importancia; sin embargo, la bibliografía es muy exigua, razón por la cual proyectaremos el trabajo de una manera didáctica en procura de superar las expectativas.

2.5 Objetivos Generales y Específicos.

2.5.1 Objetivos Generales:

2.5.1.1 SEÑALAR los principios fundamentales que hacen que el procedimiento de selección de contratista sea eficaz y transparente.

2.5.1.2 INDICAR los requerimientos fundamentales, para que el acto de selección de contratistas se realice en forma objetiva.

2.5.1.3 ANALIZAR las políticas institucionales del programa para determinar cómo realizar un procedimiento objetivo que garantice la transparencia y el debido proceso en las compras estatales del mismo sin perjuicio del logro eficaz, eficiente y a tiempo de los proyectos y programas de la entidad.

2.5.2 Objetivos Específicos:

2.5.2.1 COMPILAR Y ANALIZAR la normativa legal que regula la materia.

2.5.2.2 IDENTIFICAR por lo menos cinco aspectos negativos que impiden la aplicación del principio de transparencia en el procedimiento de compras del PAN.

2.5.2.3 RESALTAR los hechos negativos que conlleva la no aplicación del principio de transparencia en el procedimiento administrativo

2.5.2.4 EXAMINAR el procedimiento actual de contratación vigente, para determinar elementos que limitan su aplicación eficiente.

2.5.2.5 ANALIZAR los datos recopilados en la investigación, clasificando y organizando toda la información seleccionada.

2.5.2.6 INVESTIGAR la jurisprudencia relacionada con las adjudicaciones impugnadas al Programa de Ayuda Nacional.

2.5.2.7 PROPONER un Proyecto de Ley que reorganice el Programa de Ayuda Nacional.

2.6 Hipótesis de Investigación.

Si para llevar a cabo la adquisición de bienes, contratación de servicios y ejecución de obras del Programa de Ayuda Nacional, contara con un procedimiento de contratación pública objetivo y contenido en una ley formal, aprobado por la Asamblea Nacional, se lograría que dicho Programa garantizara la imparcialidad en la escogencia del contratista, planificando sus contrataciones y garantizando la participación de un mayor número de oferentes permitiendo una mayor competencia, igualdad de oportunidades, publicidad del acto público, transparencia en la gestión pública, mayor control y rendimiento de los fondos públicos, equidad, justicia para los participantes y confianza en la ciudadanía que es el ser y la razón de la gestión pública panameña .

Es necesario crear un procedimiento especial mediante un instrumento jurídico detallado y específico, que regule la compra estatal en el Programa de Ayuda Nacional con el propósito de evitar la excesiva discrecionalidad de la administración en utilizar la compra por invitación cuando las mismas pueden ser planificadas y adquiridas a través de los procedimientos de selección de contratista establecidos en la Ley

CAPITULO III.

MARCO DE REFERENCIA

3.1 EVOLUCIÓN HISTÓRICA CONSTITUCIONAL Y LEGAL DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN PANAMÁ.

Panamá, luego de constituirse en Estado, ha tenido cuatro (4) constituciones, a saber, la Constitución de 1904, la de 1941, la de 1946 y la de 1972, esta última modificada por los Actos Reformativos de 1978, el Acto Constitucional de 1983; los Actos Legislativos No.1 de 1993 y No.2 de 1994 y el Acto Legislativo No.1 de 2004

La Constitución de 1904 era de corte individualista y las otras tres (3) de carácter social. Es en la Constitución de 1946 donde aparece con rango constitucional la obligatoriedad del Estado panameño de llevar a cabo, mediante licitación pública, todas sus compras, ejecución y reparación de obras nacionales y los arrendamientos y las ventas de bienes estatales, estableciendo esta norma rectora, como reserva legal, que la Ley desarrolle las medidas que aseguren en toda licitación el mayor beneficio para el Estado y plena justicia en la adjudicación

En los artículos 222 de la Constitución de 1946, artículo 238 de la Constitución de 1972 (sin reformar) y artículo 266 de la actual Constitución, la cual contiene las reformas de 1978, 1983, 1994 y 2004, se establece claramente y de manera expresa que la *“...ejecución o reparación de obras nacionales, las compras que se efectúen con fondos del Estado, de sus entidades autónomas o*

semiautónomas o de los municipios y la venta o arrendamiento de bienes pertenecientes a...” éstos se llevarán a cabo, salvo las excepciones que determine la Ley, mediante licitación pública, entendida en su más amplia expresión. Termina diciendo el Artículo 266 de la actual constitución, al igual que las anteriores, que la Ley debe desarrollar los mecanismos que aseguren en toda licitación **el mayor beneficio para el Estado y plena justicia en la adjudicación.**

La citada normativa constitucional fue desarrollada mediante Ley, muy particularmente a través del Código Fiscal, ya que es en esta legislación donde tradicionalmente está regulado lo que guarda relación directa con los ingresos, gastos y el presupuesto público. En esta codificación fiscal aparecía regulado lo relativo a los actos de selección de contratistas, a saber, licitaciones públicas, concursos de precios y solicitudes de precios, clasificación de actos públicos que estaba caracterizada por los rangos económicos de cada cual.

Pese a esta regulación la misma era insuficiente en varios aspectos sustanciales de la relación contractual entre los particulares y el Estado, verbigracia, aspectos como el contenido y forma del contrato en sus vanadas modalidades, la responsabilidad de las partes que constituyen la contratación, tanto de manera previa como posterior a la formalización y solemnidad del contrato, y los principios que rigen la contratación pública. Esto procuró continuas reformas a la Ley fiscal y la proliferación de una muy abundante y vanada reglamentación, para lograr resolver los múltiples problemas que en esa materia confrontaban las entidades del Estado, reglamentaciones realizadas por

el Órgano Ejecutivo y que variaba con mucha facilidad luego de cada cambio de gobierno.

Las continuas modificaciones realizadas a la ley fiscal en esta materia de contratación pública no llegaron a resolver el agudo problema de la falta de transparencia administrativa, no lograron ejecutar un gasto ordenado de los fondos públicos, ni disminuir la excesiva y agobiante burocracia, y tampoco procuró aumentar el bajo nivel de ejecución presupuestaria. Todo lo anterior estaba ligado a la frecuente publicidad negativa en torno a los actos de selección de contratistas, situación que procuró una percepción generalizada de poca o ninguna transparencia en la actuación administrativa de los personeros del gobierno

Por todo lo anterior, el Órgano Ejecutivo, bajo la presidencia del Dr. Ernesto Pérez Balladares, mediante Decreto Ejecutivo No 8 de 12 de enero de 1995 creó una Comisión Ad-Hoc, integrada por representantes de los gremios privados, que guardaban relación directa con las contrataciones públicas, y por funcionarios del entonces Ministerio de Hacienda y Tesoro, hoy Ministerio de Economía y Finanzas, quienes elaboraron un Anteproyecto de Ley que regulara de manera integral la Contratación Pública.

Dicho esfuerzo contó con el apoyo del sector privado y de la Contraloría General de la República, entidad fiscalizadora de la gestión pública que participó de manera efectiva en la discusión y ajuste del Anteproyecto en el curso de su discusión en la entonces Asamblea Legislativa, hoy Asamblea Nacional.

El mencionado Anteproyecto de Ley fue alimentado con vanos contenidos jurídicos de otras latitudes, tales como, la Ley 7494 de 1995 de Costa Rica; la

Ley 80 de 1993 de Colombia, con sus doce (12) reglamentaciones, el Decreto-Ley 600 de 1993 de Chile, que contiene el estatuto de inversión extranjera, y la Ley modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

Se nutrió también de la experiencia de contratación pública y solución de controversias llevadas a cabo por la Comisión del Canal de Panamá. Todo lo anterior, permitió la promulgación de la Ley 56 de 1995, vigente a partir de ese año. Posteriormente, se aprobó en Panamá la Ley 22 de 2006, la cual con sus variadas modificaciones constituye el Texto Único de la Ley 22 de 2006, texto especial vigente. Esta última Ley, vigente a partir del 28 de diciembre de 2006, procura mejorar el sistema precontractual y contractual administrativo panameño, así como el sistema de reclamos e impugnaciones, actuaciones administrativas que deben regirse por los principios de eficiencia, eficacia, transparencia, debido proceso, publicidad, economía, responsabilidad e inhabilidad de los funcionarios, equilibrio contractual, libre concurrencia, selección objetiva y justa y buena fe administrativa.

3.2. Marco Teórico

3.2.1 Consideraciones Generales sobre la Contratación Pública en Panamá

Para analizar, como en efecto lo haremos, el procedimiento especial de contratación pública del Programa de Ayuda Nacional (PAN), primero debemos estar claros las nociones generales de la Contratación Pública en nuestro país,

para definir porqué las normas que utiliza el PAN se consideran como un procedimiento especial

La contratación pública se deriva de un contrato público o administrativo, por lo cual previamente estudiaremos sobre el mismo.

1- El Contrato Administrativo

La administración estatal, en algunas ocasiones, actúa en relaciones en las cuales el particular acepta voluntariamente quedar sometido a cierta subordinación frente al Estado; es en éste caso cuando nos encontramos ante la figura del contrato administrativo

Concepto

El contrato administrativo ha sido definido de diversas maneras, atendiendo al orden jurídico que regula la relación contractual, o a la situación de equidad entre los contratantes; a los procedimientos previos para su celebración, etc.

Libardo Rodríguez lo define como “el celebrado por una persona jurídica y sometido, en todo o en parte, a reglamentaciones especiales diferentes a los que rigen los contratos entre particulares”.⁴

El Doctor Luis Palacios, especialista del tópico en el estudio realizado dentro de la legislación panameña, en su libro Derecho Administrativo, Volumen 2, plasma la siguiente definición: “el acuerdo de voluntades celebrado entre la

⁴ RAMIREZ, Libardo Derecho Administrativo Décima Edición Editorial Temis Santa Fé de Bogotá-Colombia 2000 Pág 311

administración pública y un particular o entre dos órganos administrativos con personalidad de derecho público”⁵

Por su parte la jurisprudencia de nuestro país, a través de la sentencia del 11 de marzo de 1948 del antiguo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, define el contrato administrativo de la siguiente manera. “acuerdo de voluntades, generador de obligaciones, celebrado por la administración, con el fin de proveer directa o indirectamente, a la satisfacción de un interés público”.⁶

El Texto Único de la Ley de Contratación Pública Vigente, No 22 de 2006, en su Artículo 2, numeral 17, define el contrato administrativo como “acuerdo de voluntades, celebrado conforme a Derecho, entre dos entidades estatales o un ente estatal en ejercicio de la función administrativa y un particular, sea persona natural o jurídica o consorcio o asociación accidental, nacional o extranjero, del cual surgen derechos y obligaciones para ambas partes y cuya finalidad es de carácter público”

Hemos observado que existen parámetros que son inherentes, indispensables y comunes a la institución que nos ocupa, sin los cuales no podría surgir a la vida jurídica, es decir, no estaríamos entonces en presencia del Contrato Administrativo; tales características que rodea la figura jurídica en estudio se desprenden de las diferentes definiciones o concepciones que hemos analizado.

⁵ PALACIOS, Luis Alberto Derecho Administrativo Volumen 2 Segunda Edición Universidad de Panamá 2002 Pág 3 y 4

⁶ *Ibídem* Pág 17

De ahí que en atención a todo lo anteriormente transcrito, a nuestro criterio, cuando hablamos de Contratos Administrativos nos referimos al Convenio o acuerdo de voluntad, celebrado entre una institución de derecho público, por su parte, y por la otra una persona de carácter privado, ya sea natural o jurídica, u otra institución del sector público, con la intención de llevar a cabo la ejecución o prestación de una necesidad pública, o utilidad social. En este concepto propio, hemos hecho énfasis una vez más que la diferencia, en esencia del contrato público con cualquier otro tipo de contrato o la característica básica que lo distingue de otros contratos, es la cualidad que el mismo se lleva a cabo para realizar o ejecutar un interés colectivo, aparte de que queda sometido a normas jurídicas administrativas especiales.

En este punto consideramos necesario señalar los elementos que debe reunir el contrato administrativo, los cuales no son más que aquellos requisitos indispensables sin los cuales el contrato no puede nacer a la vida jurídica, o dicho en otras palabras, son los requisitos sin los cuales el contrato es inexistente o adolecería de nulidad, ellos son:

Los sujetos: Pueden ser uno o más entes públicos competentes, en ejercicio de su función administrativa y una persona natural o jurídica particular, con capacidad legal para contratar.

Debemos dejar claro que cuando mencionamos la palabra competencia, el término lo utilizamos para referirnos a los entes públicos que deben cumplir con

este requisito, consistente en el poder legal para ejecutar determinados actos administrativos y en este caso de tener facultad para contratar

El consentimiento: Es otro elemento indispensable del contrato administrativo y se manifiesta a través de la voluntad administrativa externada a través del procedimiento que señala la ley de contratación y el consentimiento del particular contratante, los cuales deben carecer de todo error, violencia o dolo.

El objeto: El cual debe ser posible, lícito y determinado o determinable. Cuando decimos que el objeto sea posible, nos referimos a que el mismo ha de realizarse o ejecutarse, es decir, que el contrato se refiere a algo real o posible de llevar a cabo.⁷

Cuando decimos que debe ser lícito en el sentido que el objeto del mismo debe estar dirigido a lo permitido por la ley, es decir, aquello que no contravenga el orden jurídico establecido.

Por último, debe ser determinado o determinable, esto significa que el contrato tenga por objeto algo que sea de clara identificación o por lo menos si no lo es al momento de celebrarse el contrato, que sea determinable con posterioridad al convenio, como por ejemplo. Si se va a construir una carretera que se sepa cual es identificándola con su nombre o posición geográfica (autopista Arraiján-Panamá)

⁷ PALACIOS, Luis Alberto Derecho Administrativo Tomo I Imprenta Universitaria Panamá 2005 Pág 131.

Igualmente forma parte del contrato administrativo el objeto tácito legal, que se trata de aquella realidad que forma parte del contrato administrativo por impeno de la ley, independientemente de que las partes contratantes lo expresen en el mismo

La finalidad: generalmente lo que se busca con la celebración de un contrato público es satisfacer una necesidad colectiva.⁸

La causa: Al igual que el objeto deberá ser lícita a efecto de convalidar el contrato, por tanto no podrá ser contraria a la ley y las buenas costumbres. En otras palabras, para el Estado es el interés público y, para el particular consiste en el beneficio (pecuniario) que lo ha llevado a tal contratación.⁹

La forma o solemnidad: Deberán constar siempre por escrito y algunos requieren de escritura pública para su validez, aquí el elemento formal viene a garantizar automáticamente la existencia misma del contrato y la actuación de los entes públicos que han participado en su celebración.¹⁰

2. Marco legal de la Contratación Pública en Panamá

Aclarada la noción de contrato administrativo o público, pasaremos a definir el concepto de contratación pública, que es un derivado del contrato público.

⁸ Ibídem Pág 132

⁹ Ibídem Pág 133

¹⁰ Ibídem Pág. 134

Concepto

Conjunto de actividades de la administración tendientes a satisfacer las necesidades de la población a través del acuerdo con algún particular, siguiendo los procedimientos establecidos en el cuerpo legal respectivo.

A nivel constitucional, el derecho positivo panameño faculta al Estado para celebrar contratos públicos. En el artículo 159, numerales 3 y 11, de la Constitución Nacional vigente, otorga competencia a la Asamblea Nacional para aprobar o no antes de su ratificación los tratados y convenios que celebre el Ejecutivo; así como dictar las normas reguladoras de los empréstitos. Por su parte el artículo 184 numeral 8, faculta al Presidente de la República con participación del Ministro del respectivo ramo, a celebrar contratos administrativos para la prestación de servicios y ejecución de obras públicas. Encontramos además, el artículo 200 numeral 3, que faculta al Consejo de Gabinete la función de acordar la celebración de contratos según determine la Ley. Por otro lado, el artículo 266, dispone que los contratos se hagan, salvo las excepciones legales, mediante licitaciones públicas y los otros procedimientos insertos en la Ley.

En materia de leyes, primordialmente, debemos mencionar la ley marco de contratación en Panamá que es la Ley 22 de 27 de junio de 2006, la cual establece los procedimientos previos de selección de contratistas, y cuyas normas se encuentran desarrolladas en el Texto Único de dicha Ley.

1. Extinción de los Contratos Administrativos

Los contratos administrativos pueden extinguirse de dos maneras, a saber. en forma normal y en forma anormal. Seguidamente examinaremos cada uno de estos modos de extinción del contrato público.

Forma Normal de Extinción

Un contrato administrativo se extingue de modo normal, cuando se cumple o ejecuta a cabalidad en el modo y plazo pactado.

Lo ideal es que todos los contratos administrativos se extingan de este modo, para lo cual el Estado adopta legalmente un conjunto de medidas que tiendan a garantizar un total cumplimiento, entre las cuales están:

La fianza de cumplimiento de contrato, constituida conforme a los parámetros establecidos en el Artículo 14, Sección 2. Capítulo II y siguientes del Decreto Núm. 317 Leg., de 12 de diciembre de 2006 y lo establecido en los artículos 2, 101 y subsiguientes del Texto Único de la Ley 22 de 2006

La Cláusula Penal, que de acuerdo a lo establecido en el Artículo 29 del Decreto Ejecutivo No 690 de 22 de julio de 2006, consiste en multar mensualmente al contratista con el 1% del valor total del contrato u orden de compraventa y en el Artículo 96 de la Ley 22 de 2006, consiste en penar al contratista entre el 1% al 4% del valor equivalente a la porción dejada de entregar o ejecutar por el contratista, dividido entre el 30 por cada día de mora del contratista en la ejecución del contrato.

Forma Anormal de Extinción.

El contrato administrativo puede no cumplirse de la forma normal explicada, por cualquiera de las siguientes causales:

Por Incapacidad del Contratista.

Conforme al Artículo 30, del Decreto Ejecutivo No. 690 de 22 de julio de 2010, son causales de resolución del contrato, además de las que se tenga por conveniente establecer, las siguientes:

- ✓ La muerte del contratista, en los casos en que se deba producir la extinción del contrato, conforme a las reglas del Código Civil, si no se ha previsto que se puede continuar con los sucesores del contratista, cuando sea una muerte natural.
- ✓ La formación de concurso de acreedores al contratista, así como también la quiebra, es decir, cuando el contratista está en situación de insolvencia, donde el pasivo supera el activo, haciéndose imposible el cumplimiento de sus obligaciones, puramente civiles o comerciales, respectivamente. En ambos casos, concurso de acreedores o quiebras, debe existir una Declaración, mediante la sentencia expedida por el Tribunal competente. Del mismo modo, el Estado, anticipándose a los hechos anteriores y sin necesidad de Declaración Judicial, puede proceder a extinguir el contrato por razón de insolvencia del contratista.

- ✓ La disolución del contratista, si es persona jurídica, consorcio o asociación accidental, salvo que los demás miembros del consorcio o asociación puedan cumplir el contrato.

Por incumplimiento del Contratista

El Artículo 30 del Decreto Ejecutivo 690 de 22 de julio de 2010 contempla, además de las causales de extinción precedentemente mencionadas, el incumplimiento del contrato por parte del contratista, aun cuando dicha causal no se haya estipulado expresamente.

En consecuencia, si el contratista incumple sus obligaciones contractuales, el Estado puede dar por terminado el contrato y, además, exigir la reparación de daños y perjuicios causados, hacer efectiva la fianza de cumplimiento de contrato y la cláusula penal convenida, según sea el caso.

Por razones de Interés Público (Rescate del Contrato).

El Artículo 33 del Decreto Ejecutivo No. 690 de 22 de julio de 2010, establece lo siguiente:

“Artículo 33: El Director Ejecutivo podrá ordenar que determinadas contrataciones se ajusten al procedimiento de contratación pública establecido en la Ley 22 de 2006,...”

Si bien es cierto, el mencionado Decreto no contempla esta causal, no obstante, cabe aclarar que si determinada contratación realizada por el PAN, se ajusta al procedimiento de contratación pública establecido en el Texto Único de Ley 22 de 2006, el Estado frente al particular contratista goza de un privilegio, la

cual consiste en que la administración, alegando razones de interés público y previendo que la ejecución del contrato puede no satisfacer a cabalidad el interés colectivo, lo da por terminado, con la sola notificación al contratista con cierto plazo de antelación. En este supuesto la ley obliga a indemnizar al contratista

En la práctica administrativa contractual, la cláusula recoge esta forma de extinción, el contrato es más o menos el del tenor siguiente El Estado se reserva el derecho de dar por terminado el presente contrato dando aviso al contratista con treinta (30) días de anticipación.

Por Mutuo Acuerdo de los Contratantes

Esta causal de extinción del contrato administrativo se materializa cuando las partes contratantes, por mutuo acuerdo, ya sea alegando razones de interés colectivo o porque el contratista considera que no está en capacidad de ejecutarlo y así lo acepta el Estado, convienen en dar por terminado el contrato respectivo.

Esta modalidad se concentra en un documento denominado Convenio o Mutuo Acuerdo de Extinción del Contrato, el cual se formaliza con la firma de los sujetos contratantes y se perfecciona con el refrendo de la Contraloría General de la República. El numeral 6 del Artículo 30 del Decreto Ejecutivo 690, contempla esta modalidad.

Por Desaparición del Objeto del Contrato.

Puede suceder, también, que antes de la ejecución total del contrato, desaparezca el objeto del mismo, constituyendo esta causal un modo de extinguirse el contrato administrativo

Por Nulidad

Puede darse el caso en que alguna persona demande en la vía contencioso administrativa la nulidad de un contrato administrativo, por supuestos vicios a sus elementos esenciales o ser contrario a la Ley, y la Sala Tercera de lo Contenciosos Administrativo de la Corte Suprema de Justicia lo declare nulo, lo que conlleva, sin lugar a dudas, a la extinción del contrato correspondiente.

2. Principios de Contratación Pública

Los principios más comunes a la contratación pública son los siguientes Transparencia, economía, responsabilidad, eficacia, publicidad, eficiencia y debido proceso, cuyos aspectos básicos los sintetizamos a continuación.

Transparencia. Este principio se caracteriza por los siguientes parámetros.¹¹

- a) Aplicar el Procedimiento de Selección de Contratista
- b) *Publicidad*, toda materia contractual es de acceso público.

¹¹ Revista Transparencia y Cambio Vol 3 Panamá 2007.

- c) *Acceso a la Información*: Tanto los participantes en los procesos, como en la contratación tienen derecho a ver el expediente y solicitar información, así como el público en general.
- d) *Actos motivados*, salvo los de mero trámite. Como actos administrativos, deberá fundamentarse en derecho y en hechos
- e) *Prohibido el Abuso de Poder*. Debe cumplirse con el principio de legalidad administrativa, es decir, para cada caso debe materializarse una competencia pública (facultad, poder, atribución) y un procedimiento público (licitación pública, licitación por mejor valor, etc)

Economía: Se fundamenta en los siguientes aspectos:

- a) Cumplir los pasos estrictamente necesarios, cumplir acabadidad los procedimientos instituidos en la ley y los reglamentos para cada acto administrativo.
- b) *Identificar previamente la fuente de financiamiento*:
Determinar previamente la partida o fuente de financiamiento suficiente para el acto.

- c) *No exigir requisitos o pasos que la Ley no contempla:* Es prohibido inventar o exigir procedimientos o requisitos que la ley no exige
- d) *Estudios, Diseños y Proyectos previos determinados:* Los cuales deben servir de guía y orientación para la ejecución de proyectos objeto del acto.
- e) *Saneamiento Administrativo oportuno:* Deben corregir los errores, omisiones etc , de aquellos procesos o actos realizados.¹²

Responsabilidad Sintetizado este principio en los supuestos siguientes.

- a) *Los servidores públicos deben cumplir con el fin de la Ley.* El no cumplir con el fin de la Ley, constituye desviación de poder
- b) *Responsabilidad Administrativa, Penal y Patrimonial.* El no ajustarse a la Ley, puede generar responsabilidad administrativa, patrimonial o penal o todas a la vez.
- c) *Deben actuar conforme al principio de Legalidad Administrativa:* Siempre el funcionario tiene que actuar con competencia o facultad y cumpliendo con el procedimiento legal para cada proceso y acto.

¹² Ibídem 27

- d) El Representante Legal o en quién delegue, es el responsable del Proceso de Contratación Pública.
- e) Los integrantes de Comisiones Evaluadoras están obligados a actuar conforme a la Ley.

Eficacia: Este principio se sustenta en los parámetros siguientes:

- a) *No adicionar requisitos, ni formalidades a las exigidas por la Ley:* La Ley prohíbe burocratizar los procesos, actos y contratos exigiendo condiciones, requisitos o procedimientos no instituidos por la Ley.
- b) Concebirse el procedimiento Legal como un medio, no como un fin.¹³

Publicidad: Este principio está basado fundamentalmente, en lo siguiente

- a) PanamáCompras (Sistema Electrónico de las Contrataciones Públicas) y en los Tableros. Las convocatorias y notificaciones se hacen por este sistema para las instituciones incorporadas al mismo y en los tableros habilitados para tal efecto.
- b) Las entidades prepararán los Pliegos de Cargos y demás documentos en forma clara y precisa. Los contenidos de

¹³ *Ibíd*em 27

los pliegos de cargos y otros documentos no deben tener vacíos ni ambigüedades

- c) *Actos abiertos al público*: La documentación es de acceso público y la celebración de los actos son públicos.
- d) *Pliego de Cargos a disposición de posibles proponentes*: Se debe informar donde adquirir los pliegos de cargos y de manera oportuna.
- e) Elaboración de Manuales, instructivos de modo claro y preciso.

Eficiencia: Dicho principio se fundamenta en lo siguiente

- a) *Ejecutar los principios establecidos en la Ley*. Los principios deben estar presentes en todos los actos y contratos
- b) Ejecutar tareas y obligaciones en forma diligente No dilatar los procesos.
- c) Capacitación permanente (Dirección General de Contrataciones Públicas es la responsable)
- d) Simplificar trámites y eliminar requisitos burocráticos.¹⁴

¹⁴ *Ibíd*em Pág 27

Debido Proceso: Fundamentalmente este principio comprende

- a) Observar las reglas del debido proceso en todas las etapas.
- b) Admitir reclamos y conceder recursos de acuerdo a la Ley
Tema que abordaremos posteriormente
- c) Contestar a tiempo oportuno los reclamos y decidir los recursos.

3. Principales tipos de Contratos Administrativos

El contrato de Obra Pública:

Es aquel que celebren las entidades contratantes para la construcción el mantenimiento, la reparación, la instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes muebles e inmuebles, cualquiera que sea la modalidad y el pago.

Contrato de Prestación de Servicios

Es aquel que celebren los entes públicos para desarrollar actividades relacionadas con la administración o el funcionamiento de la entidad. Estos contratos solo podrán celebrarse cuando dichas actividades no puedan realizarse por personal de planta o requieran conocimientos especializados.

Contrato de suministro

Es aquel relacionado con la adquisición de bienes muebles, con independencia del tipo de bien, la modalidad o característica que reviste el contrato, siempre que implique la entrega y/o instalación, y/o reparación y/o mantenimiento de bienes en el tiempo y lugar fijados, de conformidad con las especificaciones técnicas descritas en el pliego de cargos o en el contrato a un precio determinado, el cual puede ser pagado total o parcialmente.

CAPITULO IV

EL RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DEL PROGRAMA DE AYUDA NACIONAL (PAN)

4.1 Generalidades

De acuerdo al Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, esta Ley es de obligatoria observancia por parte de todas las instituciones del Gobierno Central, las entidades autónomas y semiautónomas, los municipios, la Caja de Seguro Social, los intermediarios financieros y las sociedades anónimas en las que el Estado sea propietario del 51% o más de sus acciones o patrimonio; sin embargo, por disponerlo la misma Ley especial en materia de contratación pública, los contratos que celebre el Fondo de Inversión Social (hoy Programa de Ayuda Nacional –PAN) quedan exceptuados de la aplicación de esta Ley

Lo anterior se justifica en el hecho de que el hoy Programa de Ayuda Nacional, desde sus inicios en el año 1990, funcionaba como un Fondo de Inversión Social, aplicando en su gestión contractual procedimientos especiales que lo exceptuaban del formal acto público de licitación, de concurso y de solicitud de precios, mecanismos precontractuales propios de la época, en razón del urgente interés nacional y el necesario logro del beneficio social.

4.2 Antecedentes del Sistema de Contratación Pública.

Desde sus inicio, las contrataciones del entonces Fondo de Emergencia Social, consistían en un procedimiento especial de contrataciones públicas,

actos que se efectuaban con procedimientos especiales establecidos en formales reglamentos, dictados para tal efecto, por el Órgano Ejecutivo desde el año 1990.

Mediante Decreto Ejecutivo No.146 de 30 de mayo de 1990 (GO 21,554 de 8 de junio de 1990) el Órgano Ejecutivo estableció formalmente el Programa de Acción Social (PAS) y creó un organismo administrativo denominado Fondo de Emergencia Social (FES), adscrito al Ministerio de la Presidencia, el cual debía actuar como intermediario entre los organismos ejecutores de proyectos y los recursos financieros, para realizar los objetivos del Programa de Acción Social (PAS).

En dicho cuerpo reglamentario el Órgano Ejecutivo estableció los objetivos generales del citado Programa de Acción Social, creó e integró un Consejo Nacional como órgano de dirección, le estableció funciones y determinó que el Fondo de Emergencia Social (FES) estaría administrado por una Junta Directiva conformada por miembros no gubernamentales, escogidos de sectores afines a los objetivos y actividades del Fondo de Emergencia Social y por el Director del FES.

Determinó el Decreto Ejecutivo No.146 de 30 de mayo de 1990 que para el expedito y oportuno cumplimiento de los objetivos del Fondo de Emergencia Social y mientras estuviera vigente, éste quedaba exceptuado del trámite de licitación pública, concurso y solicitud de precios, mecanismos precontractuales propios de la época, en razón del urgente interés nacional y beneficio social.

Como se observa, este Fondo de Emergencia Social (FES) nace, exceptuado por el propio reglamento, del trámite licitatorio, es decir, del trámite de acto público, exigido como regla general en el Artículo 266 de la Constitución Política de Panamá

Frente a la necesidad de contar con un instrumento jurídico efectivo ante los escándalos de corrupción que rodearon el Fondo de Inversión Social, a mediados del año 2010, el Órgano Ejecutivo propone la creación de un programa denominado Programa de Ayuda Nacional, adscrito al Ministerio de la Presidencia, para la aplicación de las políticas de desarrollo social dirigidas a los sectores pobres y marginados de la sociedad, que procure la atención de sus necesidades socioeconómicas y ejecute proyectos de asistencia social, beneficencia y apoyo en las comunidades, a través de procesos transparentes.

Para lograr mayor efectividad en la acción y desarrollo de los programas dirigidos a beneficiar los sectores marginados y aquellos proyectos de inversión que permitan ampliar la calidad de capital físico y humano de las comunidades beneficiadas, se determina que éstos sean coordinados por la Secretaría Social de la Presidencia de la República, a quien corresponde la promoción y monitoreo de este tipo de programa

4.3 Fundamentos Constitucionales y Legales

El actual sistema de contratación utilizado en el Programa de Ayuda Nacional (PAN) está enmarcado en el Decreto Ejecutivo No 690 de 22 de julio de

2010, que constituye el estatuto reglamentario sobre el cual descansa toda la actuación de ese ente administrativo

Título X Constitucional: La Economía Nacional.

La Constitución Nacional en su Artículo 282 establece en su segundo párrafo que el Estado planificará el desarrollo económico y social, mediante organismos o departamentos especializados cuya organización y funcionamiento determine la Ley. Es quizás bajo esta óptica que el Órgano Ejecutivo se propuso crear, mediante reglamentos, un programa para la aplicación de las políticas de desarrollo social dirigidas a los sectores pobres y marginados de la sociedad, que procure la atención de sus necesidades socioeconómicas y ejecute proyectos de asistencia social, beneficiando y apoyando a las comunidades.

Decreto Ejecutivo 690 de 22 de julio de 2010.

A través del Decreto Ejecutivo 690 de 22 de julio de 2010 el Órgano Ejecutivo propone la creación del Programa de Ayuda Nacional (PAN), adscrito al Ministerio de la Presidencia, para la aplicación de las políticas de desarrollo social dirigida a los sectores pobres y marginados de la sociedad, que procure la atención de sus necesidades socioeconómicas y ejecute proyectos de asistencia social, que beneficien a la comunidad, a través de procesos transparentes

El mencionado Decreto 690/2010 establece en el Capítulo Primero denominado "Del Programa Ayuda Nacional, (PAN)" en el artículo 1, numerales

1 al 10, los objetivos en los cuales se enmarca su creación. En los artículos 2 al 12, se diagrama su estructura orgánica, entre otros

El Capítulo Segundo del mencionado Decreto, denominado "Del Procedimiento de Compras y Contrataciones del Programa de Ayuda Nacional (PAN)", de los Artículos 13 al 15 hace referencia a la elaboración de un registro de proponentes, constituidos por personas naturales o jurídicas, interesados en participar de los procesos de compra y contrataciones que realice el Programa de Ayuda Nacional (PAN), estableciendo los requisitos obligatorios que deberá cumplir. Por su parte, en los artículos del 16 al 18 se otorga facultad a la administración, de realizar compras o contrataciones a través de los mecanismos de invitación directa o mediante el proceso de selección de contratista.

Se estableció además, en los Artículos 19 al 33, del mencionado Decreto, las bases generales en las cuales se ejecutará el sistema de contrataciones para el proceso de selección de contratistas a través de acto público dando la opción al Director Ejecutivo del Programa que ciertas contrataciones se ajusten al procedimiento de contratación pública establecido en la Ley 22 de 2006.

4.4 Mecanismos de Selección de Contratistas

Dentro de los mecanismos de selección de contratistas utilizado por el Programa de Ayuda Nacional (PAN), el Decreto Ejecutivo No. 690 de 22 de julio de 2010, en el Artículo No. 16, otorga a la Administración el margen de autodeterminación de seleccionar al adjudicatario de sus contratos.

“Artículo 16. El Programa de Ayuda Nacional, PAN, podrá realizar compras o contrataciones a través de invitación directa o mediante el proceso de selección de contratista.”

Como se observa la norma le confiere en forma expresa a la Administración del Programa de Ayuda Nacional (PAN), la facultad de decidir que mecanismo de selección de contratista aplicará en la expresión “podrá” que sería el operador permisivo contenido en este Artículo

En otras palabras, esta facultad discrecional o autorización de seleccionar el mecanismo de selección de contratista, se le confiere al Director Ejecutivo, como lo observamos en el Artículo No. 33 del Decreto en mención.

“Artículo 33. El Director Ejecutivo podrá ordenar que determinadas contrataciones se ajusten al procedimiento de contratación pública establecido en la Ley 22 de 2006, siempre que no se trate de contrataciones de urgencia evidente, seguridad ciudadana, urgente interés local, de beneficio social o comunitario.”

Se le confiere implícitamente a la Administración considerar para el caso concreto, elegir la medida más adecuada para la satisfacción del interés público, el cual se encuentra legalmente definido y fijado, pero no casuísticamente predeterminado, otorgándole a la administración un poder discrecional

4.5 Compras o Contrataciones a través del mecanismo de “Invitación Directa”

Como explicamos en líneas anteriores, el reglamento le confiere a la Administración un margen o libertad de decisión conferido por el Órgano Ejecutivo en aplicar en las contrataciones de obras, prestación de servicios o

suministros, sin cumplir con la licitación pública, que es la regla y la vía constitucional idónea a través de los procedimientos de contratación pública establecido por la Ley.

El mecanismo de “invitación directa” es el procedimiento de contratación en que intervienen como oferentes solo las personas o entidades expresamente invitadas o seleccionados por el Administrador, que son los únicos a quienes se les solicita la oferta. Es un pedido de ofertas dirigidas a empresas o personas determinadas discrecionalmente para cada caso.

En otras palabras, la Administración elige directamente al contratista sin concurrencia, puja u oposición de oferentes, es decir, se adjudica la contratación a un determinado proveedor, sin mediar un procedimiento real de selección.

Este procedimiento consiste en la participación de más de un oferente, los cuales son invitados por el Director Ejecutivo de Programa por medio de notas dirigidas al representante legal de la empresa o sociedad en donde se les invita a participar en la convocatoria detallando el día, hora, lugar y el bien o servicio a contratar.

4.5.1 Aviso de Convocatoria:

De acuerdo al Artículo 17 del Decreto No.690, solo se podrá convocar aquellas personas inscritas en el registro de proponentes:

“Artículo 17. Cuando la compra o contratación se realice a través de invitación, el Programa de Ayuda Nacional, PAN, sólo podrá convocar a aquellas personas inscritas en el registro de proponentes.”

Para tales efectos, la invitación directa deberá contener los requisitos o condiciones que deben reunir el bien o servicio a contratar, y se efectuará por escrito, fax o cualquier otro medio tecnológico confiable que garantice una auditoría posterior."

Con respecto al Registro de Proponentes es una base de datos administrada por el Programa en donde se inscriben todas las personas naturales o jurídicas que aspiren celebrar contratos de obras, bienes, suministros y servicios con la administración, incluyendo las organizaciones no gubernamentales. Una vez presentado los requisitos para el registro de proponentes, es decir, aportando toda la documentación necesaria y acompañada por el formulario de inscripción, pasan a formar parte de la base de datos del Programa de Ayuda Nacional (PAN).

Por su parte, a pesar que la norma otorgue facultades a la administración, no implica la absoluta discrecionalidad de la administración en perjuicio del principio de publicidad que establece que debe ser de acceso público, debido a que contiene la información de quienes aspiran a celebrar contratos con la entidad. De esta forma permite, en primer lugar, la oponibilidad frente a terceros, pues, al presumirse que toda persona conoce el contenido de éstos, es posible oponer los efectos de un acto inscrito no sólo frente a las personas que intervinieron en él, sino frente a todas las personas.

Consideramos que se debe establecer como obligación de la entidad el divulgar toda la información relacionada con los procedimientos de selección de

contratistas, además de presentarse en los tableros informativos de la entidad, haciendo uso del Sistema Electrónico de Contratación Pública PanamáCompra ya que es un sistema informático centralizado al que se accede vía internet

Sin embargo, la norma establece a la administración la opción en utilizar el Sistema Electrónico de Contratación Pública PanamáCompra, como observamos señalado en el Artículo No.19 del Decreto Ejecutivo 690:

“Artículo 19. La convocatoria para la celebración de compras o contratación a través de acto público podrá realizarse por medio del Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas PanamáCompra o en la página web del Programa de Ayuda Nacional, PAN, y permanecerá visible al público en los lugares destinados para anuncios y notificaciones en las Instalaciones del PAN, de conformidad con los siguientes criterios:_____”

Ahora bien, este margen de libertad del que goza la administración en el ejercicio de sus potestades discrecionales debe ser parcial, respetando los principios de contratación pública.

El acceso a la información es uno de los parámetros y derechos ciudadanos que permiten medir el nivel de transparencia y publicidad de la actuación administrativa, para satisfacer el interés público, entendido éste como el deseo y la necesidad de saber y evaluar de los ciudadanos, para mejorar su calidad de vida personal y colectiva

El uso del Sistema Electrónico de Contratación Pública PanamáCompra, debe ser de uso obligatorio para la institución y no opcional, respetando el principio de publicidad y limitando las facultades de la administración que por su

naturaleza se le debe aplicar un procedimiento especial de contratación. No puede hablarse de publicidad, cuando la página web del Programa de Ayuda Nacional (PAN), carece del registro histórico de los avisos de convocatoria ejecutados por la Administración.

Concluimos señalando, que el aviso de convocatoria debe ser publicado obligatoriamente por la entidad, y en caso de presentarse situaciones, debidamente comprobadas, que impidan a la entidad contratante publicar el aviso de convocatoria en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamáCompra", utilizar el mecanismo de publicar los avisos de convocatoria en un diario de circulación nacional.

4.5.2 Propuestas

En el mecanismo de contratación por invitación directa utilizado por el Programa de Ayuda Nacional (PAN), el Artículo No.20 de la norma establece que las propuestas se recibirán en el día y lugar indicados en la convocatoria, es decir, que los proponentes deberán presentar el documento que deberá contener el precio ofertado.

"Artículo 20. Las propuestas se recibirán el día, en el lugar y hora indicados en la convocatoria, en sobre cerrado o electrónicamente, según se establezca en el aviso o pliego de cargos."

En cuanto al aspecto formal antes mencionado, la norma atribuye a la administración amplias facultades de escoger al proponente interesado en presentar las propuestas, dejando abierto el mínimo de propuestas que se deben presentar en la convocatoria.

Por otro lado, el mencionado procedimiento especial de contratación, al otorgar la norma un margen discrecional en utilizar los mecanismos de selección de contratistas, excluye al proponente, la obligatoriedad de presentar la fianza de propuesta, que a nuestro parecer, deben cumplir cada uno de los proponentes interesados en aceptar la invitación de participar en este mecanismo especial de selección de contratista

El Decreto Núm 317-Leg. de 12 de diciembre de 2006, dictado por la Contraloría General de la República, reglamenta las fianzas que se emitan para garantizar las obligaciones contractuales con el Estado, señalando en el artículo No 8, lo siguiente:

“ARTÍCULO 8: La Fianza de Propuesta es la garantía precontractual establecida en el pliego de cargos y presentada en el acto de selección de contratista, con la finalidad de garantizar la oferta de los postores, así como de garantizar que el postor favorecido con la adjudicación firme el contrato y presente la fianza de cumplimiento, dentro de los plazos establecidos en la Ley.”

La administración con amplias facultades en escoger el mecanismo de selección de contratista denominado “invitación directa”, prescinde en solicitar la garantía precontractual a la que se refiere el Artículo No. 8, es decir, aplica estimaciones subjetivas aludiendo el interés público.

La ausencia de verdaderos controles deja espacios abiertos y conduce a la baja calidad del control del gasto público, a la corrupción, a presiones políticas y al enriquecimiento ilícito. Para que prevalezcan los intereses colectivos sobre

los intereses particulares, deberán existir límites para ejercer la facultad discrecional

Un procedimiento objetivo de contratación, debe establecer en el pliego de cargos la obligatoriedad de presentar la fianza que garantice la oferta presentada por los postores, así como de garantizar que el contratista firme el contrato una vez adjudicado y presente la fianza de cumplimiento, dentro de los plazos establecidos en esta Ley.

4.5.3 Acta de Apertura de Propuestas

El procedimiento especial de contratación establece la obligatoriedad de levantar un acta en el acto de apertura de propuestas, tal como lo establece el Artículo No.21 del Decreto Ejecutivo No.690, que a continuación citamos:

“Artículo 21. Una vez vencido el término, se abrirán los sobres contentivos de las propuestas, en presencia de los Interesados, y se levantará un acta en la que se indicará el nombre de los proponentes, sus representantes legales, si aplica, el valor de cada propuesta y cualquier otro dato que se considere relevante. El acta será firmada por todos los participantes del acto, incluyendo los Interesados.”

La norma no establece la obligatoriedad de hacer público el acta que deja constancia de cada una de las propuestas admitidas o rechazadas. Generalmente, en estos actos de apertura, se presenta un solo proponente con los requisitos mínimos exigidos en el pliego de cargos.

Para garantizar la objetividad de este procedimiento, consideramos que el acta de apertura debe ser de conocimiento público y publicado en el Sistema

Electrónico de Contrataciones Públicas denominado PanamáCompra; sin estar limitado a los privilegiados participantes o proponentes que intervinieron el día del acto.

Siguiendo este orden de ideas, el Artículo No.22 del Decreto Ejecutivo No. 690, señala que se cursará el expediente, que contiene las propuestas de los participantes, a una comisión evaluadora, constituida por profesionales idóneos de la entidad, quienes evaluarán, las ofertas presentadas por los proponentes, y tendrán la facultad de recomendar la adjudicación.

“Artículo 22. Cuando la cuantía del acto público sea superior a la suma de treinta mil balboas (B/.30,000.00), el Programa de Ayuda Nacional, PAN, establecerá en el pliego de cargos una comisión evaluadora constituida por profesionales idóneos de la entidad, para ponderar los aspectos técnicos, económicos, administrativos y financieros presentados por los proponentes y podrá recomendar la adjudicación al proponente que obtenga la mayor puntuación, independientemente del precio ofertado.”

4.5.4 Integración de la Comisión Evaluadora

La comisión evaluadora tiene como función verificar los requisitos mínimos que debe presentar cada proponente, cuando la contratación de la obra, bien o servicio supera la suma de treinta mil balboas (B/.30,000.00).

La condición que exige la norma en establecer una comisión evaluadora cuando la contratación es por determinada suma, es una forma de control para verificar que previo a la adjudicación el proponente cumpla con los requisitos mínimos exigidos en el pliego de cargos.

Por otro lado, se otorga nuevamente a la administración la facultad de escoger en publicar el informe de la comisión evaluadora en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas o en la página web del Programa de Ayuda Nacional (PAN), según el Artículo No. 23 del Decreto Ejecutivo:

“Artículo 23. El Informe de evaluación será publicado electrónicamente en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas PanamáCompra o en la página web del Programa de Ayuda Nacional, PAN, por un (1) día hábil. Los proponentes podrán, en un término no mayor a dos (2) días hábiles, formular observaciones, que serán incorporadas al expediente.”

4.5.5 Adjudicación

El Director Ejecutivo del Programa de Ayuda Nacional (PAN), una vez analizadas las observaciones, seleccionará al contratista que cumpla con los términos y condiciones establecido en el pliego de cargos y que presente la propuesta económica más ventajosa para el Estado.

En cuanto a la facultad del Director Ejecutivo del Programa en seleccionar al contratista que cumpla con las condiciones establecidas en el pliego de cargos, es importante mencionar que también tiene facultad de escoger el mecanismo de selección de contratista que se utilizará, que en la práctica es el mecanismo por “invitación directa”. Con esta atribución, se menoscaba la transparencia y libre escogencia del proponente, porque implica un procedimiento de carácter especial, frente a un concepto jurídico indeterminado llamado “interés público” y en donde termina muy escuálido el postulado

constitucional de que en toda licitación se garantice “el mayor beneficio para el Estado y plena justicia en la adjudicación.”

4.5.6 Contrataciones que requieren la Aprobación del Consejo Directivo

Es preciso señalar que una de las restricciones que establece la norma, es la aprobación del Consejo Directivo, para los proyectos cuya cuantía sea superior a la suma de B/.300,000 00, tal cual lo establece el Artículo No.25 del Decreto Ejecutivo No. 690.

“Artículo 25. Los contratos del Programa de Ayuda Nacional, PAN, requerirán de la aprobación del Consejo Directivo, según su cuantía, y el refrendo de la Contraloría General de la República.”

La limitación que señala la norma es aplicable a todo proyecto que la administración planea ejecutar y que supere la suma de B/ 300,000.00, mismo que debe ser aprobado por el Consejo Directivo; no obstante, esta restricción, no incluye el mecanismo de selección de contratista aplicable y su posterior adjudicación. Como se observa, de acuerdo a la cuantía, la contratación requerirá la aprobación del Consejo Directivo, pero para que ésta sea válida requiere el refrendo de la Contraloría General de la República como entidad fiscalizadora de los fondos públicos.

Consideramos que debe existir en el procedimiento especial de contratación del Programa de Ayuda Nacional (PAN), una reglamentación que limite a la administración en utilizar a su discreción el mecanismo de selección

de contratistas y en la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados como lo establece el Artículo No. 33 del Decreto Ejecutivo No. 690:

“Artículo 33. El Director Ejecutivo podrá ordenar que determinadas contrataciones se ajusten al procedimiento de contratación pública establecido en la Ley 22 de 2006, siempre que no se trate de contrataciones de urgencia evidente, seguridad ciudadana, urgente Interés local, de beneficio social o comunitario.”

Por el hecho de que en el Programa de Ayuda Nacional no se cuente con una reglamentación objetiva que desmotive la discrecionalidad de la actuación administrativa de la autoridad nominadora, es de gran importancia limitar la facultad discrecional que otorga la norma, máxime en aquellos casos en donde se invoquen conceptos indeterminados como lo son urgencia evidente, seguridad ciudadana, urgente interés local, de beneficio social o comunitario.

4.6 Medios de defensa contra los actos de selección de contratistas

La vía gubernativa o administrativa es el mecanismo de control de legalidad de las decisiones administrativas, ejercido por la propia Administración Pública y está conformada por los recursos que los afectados pueden proponer contra tales decisiones para lograr que la administración las revise y, en consecuencia, las confirme, modifique, revoque, aclare o anule. Es así como surgen los recursos administrativos que como quedó dicho, constituyen un mecanismo de defensa de los derechos de los administrados, permitiéndoles cuestionar los actos de la administración pública que hubieran sido dictados sin

cumplir con las disposiciones legales o sin efectuar una adecuada apreciación de los hechos y fundamentos expuestos por los administrados.

La Ley 38 de 31 de julio de 2000, regula los recursos impugnativos, dentro de los cuales está la posibilidad de impugnar los actos administrativos a través de los recursos de reconsideración y apelación. Debe quedar claro que al hablar de “recursos” nos estamos refiriendo a los medios impugnativos para con las decisiones que no están en firme o debidamente ejecutoriadas, contrario a las “acciones” que son recursos impugnativos para con las decisiones en firme o debidamente ejecutoriadas.

Conforme a lo que establece el artículo 168 de la Ley 38 de 2000, el Recurso de reconsideración se interpondrá ante el mismo órgano que dictó el primer acto que es materia de impugnación.

Su fundamento radica en permitir que la misma autoridad que conoció del procedimiento revise nuevamente el caso y pueda corregir sus criterios y análisis.

4.6.1 Recurso de Reconsideración: Concepto

Conforme a lo que establece el artículo 168 de la Ley 38 de 2000, el Recurso de Reconsideración se interpondrá ante el mismo órgano que dictó el primer acto que es materia de impugnación. Su fundamento radica en permitir que la misma autoridad que conoció del procedimiento revise nuevamente el caso y pueda corregir sus criterios y análisis.

Este Recurso lo interpone el agraviado ante el funcionario, ente o corporación administrativa que en primera instancia expidió la resolución de adjudicación definitiva. Dicho Recurso se presenta ante el funcionario respectivo para que éste confirme, modifique, revoque, aclare o anule la resolución de adjudicación definitiva.

El Programa de Ayuda Nacional (PAN), en el Artículo No. 24 del Decreto Ejecutivo 690 de 22 de julio de 2010, establece este medio de defensa contra los actos administrativos emitidos por la entidad

“Artículo 24. Las personas agraviadas con la adjudicación podrán Interponer el recurso de reconsideración, dentro de un plazo de cinco (5) días hábiles, contados a partir de la notificación o publicación de la resolución de adjudicación, según corresponda. Cuando se Interponga recurso de reconsideración la resolución de adjudicación se entenderá ejecutoriada una vez éste haya sido resuelto, o transcurrido el plazo para su presentación, sin que se haya interpuesto recurso alguno.”

En las compras o contrataciones a través del mecanismo de "invitación directa" el recurso de reconsideración agota la vía gubernativa dando paso a la jurisdicción contencioso administrativa, por lo tanto, hay que tener en cuenta la oportunidad legal que tiene la persona agraviada para impugnar el acto administrativo.

Es nuestro criterio que se debe incluir en las funciones del Consejo Directivo del Programa, la atención de una segunda instancia, a través del Recurso de Apelación, que interpondrá el agraviado ante el superior (Consejo Directivo) como segundo medio de defensa contra el acto administrativo emitido

Por otro lado, dejar facultativo del administrado, el agotamiento de la vía gubernativa, esto debe ser así, porque raras veces la administración revoca sus propios actos. El someter al administrado a la obligatoriedad del agotamiento de la vía gubernativa, atenta contra los principios de defensa y economía procesal.

4.6.2 Recurso de Apelación: Concepto

Es el recurso de segunda instancia y lo interpone el agraviado para ante el superior del funcionario o corporación administrativa que emitió la resolución de adjudicación definitiva, para que aclare, modifique, revoque o anule dicha resolución.

El recurrente podrá, siempre que a bien lo tenga, renunciar al recurso de reconsideración e interponer directamente el de apelación en ambos casos. Debidamente interpuesta la apelación, el funcionario de primera instancia la concederá y enviará el expediente al funcionario superior, para que surta la segunda instancia, dentro del término de cinco días hábiles, contados a partir de la fecha de notificación de la resolución o del acto impugnado

También podrá el funcionario de segunda instancia ordenar la práctica de pruebas que juzgue necesarias para la acertada decisión del asunto, debiendo poner las pruebas en conocimiento del interesado, para que dentro del plazo que señale la Ley alegue respecto de ellas lo que estime conveniente

Agotados estos dos trámites y vencidos todos los términos, el organismo o funcionario competente para conocer la apelación emitirá el fallo que se ajuste a derecho.

4.6.3 Acciones en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa

El profesor Pedro Barsallo nos dice que la jurisdicción especial contencioso-administrativa tiene como finalidad específica el conocer y decidir sobre las pretensiones que se formulen por las personas naturales o jurídicas en relación con los actos de la administración pública, o sea, los actos provenientes de servidores públicos sujetos al Derecho Administrativo y respecto de los cuales se alegue una violación a la Ley ¹⁵

Acción de Plena Jurisdicción

Ante la Sala Tercera de lo Contencioso – Administrativo se interpone la acción de plena jurisdicción, con que cuenta el agraviado por razón de la resolución del contrato, y que persigue la declaratoria de nulidad del acto violatorio de la Ley, y, además, el restablecer el derecho particular violado (Artículo 206 de la Constitución Nacional)

Esta acción prescribe, salvo disposición legal en contrario, al cabo de dos (2) meses, a partir de la publicación, notificación o ejecución del acto o de realizado el hecho operación administrativa que causa la demanda.

¹⁵ Barsallo, Pedro Apuntes de Derecho Procesal Universidad de Panamá Panamá Pág. 123.

Las decisiones de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia son irrecurribles, tal como lo dispone el artículo 206 de la Constitución Política que dispone que “Las decisiones de la Corte en ejercicio de las atribuciones señaladas en este artículo son finales, definitivas, obligatorias y deben publicarse en la Gaceta Oficial”

El Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por el Artículo No 44 de la Ley No.48 de 10 de mayo de 2011, regula la Contratación Pública en Panamá. En su artículo No 120, crea el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas como ente independiente e imparcial con jurisdicción en todo el territorio de la República, el cual tiene competencia privativa para conocer en única instancia del Recurso de Apelación contra los actos administrativos impugnados derivados de un contrato.

El Artículo No. 67 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, establece que las contrataciones que celebre el Fondo de Inversión social (hoy, Programa de Ayuda Nacional), están exceptuados de la aplicación de la referida Ley, y el artículo No 11 del Decreto Ejecutivo 690 de 22 de julio de 2010, por el cual, se crea el Programa de Ayuda Nacional (PAN), adscrito al Ministerio de la Presidencia señala, que cualquier norma o disposición legal, así como los convenios internacionales suscritos que hagan referencia al Fondo de Inversión Social, FIS, deberá entenderse que se refiere al Programa de Ayuda Nacional (PAN)

Las adquisiciones de bienes, obras y servicios llevados a cabo por el Programa de Ayuda Nacional (PAN), se deberán ejecutar según procedimiento contemplado en el Decreto Ejecutivo No. 690 de 22 de julio de 2010, para lo cual se puede utilizar el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas “PanamáCompra”, o la página web del Programa de Ayuda Nacional (PAN), según lo dispuesto en los artículos No 19 y 23 del Decreto Ejecutivo No. 690 de 22 de julio de 2010, como un medio de publicación, para convocatoria del acto público, y para dar a conocer el informe de evaluación de las propuestas presentadas.

No obstante, los términos y criterios de selección, de los actos públicos, así como los mecanismos para resolver administrativamente las relaciones contractuales derivadas del mismo, se harán bajo los parámetros del Decreto Ejecutivo No. 690 de 22 de julio de 2010, y no con sujeción a lo dispuesto en la Ley 22 de 2006

Para que el PAN, pueda realizar una adquisición bajo el paraguas de la Ley 22 de 2006, tendrá que hacerlo sujeto a lo dispuesto en el artículo No 33 del Decreto Ejecutivo No. 690 de 22 de julio de 2010. Es decir, el Director Ejecutivo de dicho programa, deberá determinar que contrataciones se ajustarán al procedimiento de contratación pública establecido en la Ley 22 de 2006, siempre que no se trate de contrataciones de urgencia evidente, seguridad ciudadana, urgente interés social, y de beneficio social o comunitario

El trámite para impugnar los actos administrativos emitidos por el Programa de Ayuda Nacional (PAN), no se surte ante el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, ya que contra dichos actos sólo procede el Recurso de Reconsideración ante la misma instancia que la expide.

4.7 Acerca del concepto Discrecionalidad Administrativa

El concepto de discrecionalidad administrativa es motivo de suspicacia por parte de la ciudadanía en general, cuando se trata esencialmente en el manejo de la cosa pública, puesto que conlleva a la toma de decisiones de índole personal, interpretaciones unilaterales y motivo de falta de transparencia.

En todo ordenamiento jurídico se hace exigible la existencia de la discrecionalidad administrativa, puesto que a través de ella, los funcionarios públicos escogen, los medios más adecuados para solucionar las situaciones que enfrentan, siempre teniendo como norte, la satisfacción del interés público, habida cuenta que la misma es una tarea de exclusiva incumbencia de la Administración Pública, siendo ésta la única responsable de que el plan previsto en las normas se concrete o fracase.

La facultad discrecional de que goza la Administración, se justifica exclusivamente por razones de práctica, se ha considerado que las autoridades administrativas deben tener cierto margen de discrecionalidad, ya que se debe evitar a toda costa el automatismo administrativo, que se produce cuando los empleados públicos sólo tienen que acogerse a reglas predeterminadas, lo que va en detrimento de la propia Administración, al desaparecer la iniciativa

dinámica del funcionario y como resultado de tal actuación, tenemos graves perjuicios para los administrados

4.7.1 Según la Doctrina

Existen opiniones diversas entre puntos de vista de diversos autores en materia de Derecho Administrativo, por lo que se considera la Discrecionalidad Administrativa como uno de los problemas más debatidos dentro del campo del derecho administrativo

Según RAMÍREZ ZAPATA, 1973, la discrecionalidad administrativa “es la que sigue la Administración cuando la norma que determina su finalidad más o menos concreta le permite valorar los medios, guías o caminos a utilizar creando en otros supuestos la unidad de medida para actualizar y aplicar los conceptos indeterminados, no comprobables objetivamente, que se encierran en la norma”

16

A través de ella, la Administración dispone de un margen de libertad para apreciar la oportunidad o conveniencia de su acción dentro de ciertos límites. La potestad discrecional, viene a ser, aquella facultad atribuida a la Administración, en virtud de la cual ésta actúa según la libre apreciación de las circunstancias, para la satisfacción de los intereses de la colectividad.

Según FRAGA, 1971, “Hay poder discrecional para la Administración, cuando la Ley o el Reglamento, previendo para la Administración cierta

¹⁶ RAMÍREZ, Zapata Curso de Derecho Administrativo General Segunda Edición Santiago de Cali Colombia 1973

competencia en ocasión de una relación de derecho con un particular, dejan a la Administración un poder libre de apreciación para decidir si debe obrar o abstenerse, en qué momento debe obrar, cómo debe obrar y qué contenido va a dar a su actuación. El poder discrecional consiste, pues, en la libre apreciación dejada a la administración para decidir lo que es oportuno hacer o no hacer".¹⁷

El paradigma propio de la normativa constitucional que rige el Estado Social de Derecho, establece que todos los poderes públicos deben ser ejercidos de acuerdo a los principios y normas estrictamente constitucionales y legales, lo que nos ayuda a comprender que el ejercicio del poder público está supeditado al cumplimiento de ordenamiento establecido.

4.7.2 Fundamento jurídico de la discrecionalidad administrativa

El fundamento jurídico de la discrecionalidad administrativa lo constituye el reconocimiento del poder discrecional, ya que al ser imposible que las normas jurídicas lo prevean todo, se hace imperativo que a los funcionarios públicos se les otorgue cierto grado de poder discrecional, para que en el momento de que la norma jurídica no lo prevea, encuentre las soluciones más útiles para el interés público dentro de ese marco legal.

La discrecionalidad bien podría justificarse como una actividad necesaria ya que a través de ella, los órganos de la Administración Pública podrán cumplir rectamente con los fines impuestos por la norma legislativa

¹⁷ FRAGA, G Derecho Administrativo Editorial Porrúa, S A México, D F 1971

Teorizando al respecto, BARTOLOMÉ FIORINI, considera que la discrecionalidad "es la herramienta jurídica que la ciencia del derecho entrega al administrado para que la gestión de los intereses sociales se realice conforme a las necesidades de cada momento. No es un instrumento legal que se concede al administrador para hacer lo que le imponga su capricho; ni tampoco para crear normas de carácter legislativo; menos aún para que intervenga ante una contienda normativa como acontece con la jurisdicción. Solo es una autorización limitada a un fin determinado, para que aprecie las condiciones presentes cuando administre el interés social específicamente contenido en la norma legislativa."¹⁸

Continúa señalando el autor que el motivo que justifica la necesidad de la discrecionalidad emana de las cambiantes circunstancias que transforman la estabilidad de los intereses públicos custodiados, por ende, las facultades discrecionales son eficaces y pertinentes puesto que, por medio de ellas, las entidades administrativas pueden dictar actos oportunos y eficaces, tanto para la buena marcha de la Administración como para el bienestar de los administrados.

4.7.3 La potestad reglada y la potestad discrecional

El ordenamiento jurídico atribuye a la administración dos tipos de potestades administrativas: las regladas y las discrecionales

Siguiendo los lineamientos del DR JAIME POZO CHAMORRO, "La Potestad Reglada es aquella que se halla debidamente normada por el

¹⁸ BENAVIDES, Víctor Derecho Administrativo Iberoamericano Vol 2 Florida 2009

ordenamiento jurídico, en consecuencia, es la misma ley la que determina cuál es la autoridad que debe actuar, en qué momento y la forma como ha de proceder, por lo tanto no cabe que la autoridad pueda hacer uso de una valoración subjetiva y por tanto la decisión en que consista el ejercicio de la potestad es obligatoria en presencia de dicho supuesto y su contenido no puede ser configurado libremente por la Administración, sino que ha de limitarse a lo que la propia Ley ha revisto sobre ese contenido de modo preciso y completo”.¹⁹

El numeral 14 del artículo 184 de la Constitución Política de la República de Panamá de 1972, reformada por los Actos Reformativos No. 1 y No. 2 de 5 y 25 de octubre de 1978, respectivamente; por el Acto Constitucional aprobado el 24 de abril de 1983, por los Actos Legislativos No. 1 de 1993 y No. 2 de 1994; y por el Acto Legislativo No. 1 de 2004, expresa que es una atribución del Presidente de la República con la participación del Ministro respectivo, el reglamentar las leyes que lo requieran para su mejor cumplimiento, sin apartarse en ningún caso de su texto ni de su espíritu.

La norma citada constituye el fundamento de la potestad reglamentaria tradicional, referente a las leyes, pues la potestad de reglamentar los servicios públicos se encuentra prevista en el numeral 10 del precitado artículo 184 de la Constitución. En virtud de la potestad reglamentaria el Presidente de la República y el Ministro del ramo pueden expedir reglamentos para el desarrollo de las leyes.

¹⁹ POZO CHAMORRO Mí Ecuador Diario de Circulación Nacional Guayaquil. Ecuador

Según criterio de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, el reglamento de una ley debe ser definido, con un criterio formal que nos indica que el mismo es un acto administrativo con carácter ejecutivo, expedido por el Presidente de la República con el Ministro respectivo, y desde el punto de vista material, el reglamento se caracteriza por contener disposiciones generales e impersonales que lo diferencian de los actos administrativos no reglamentarios. Las normas contenidas en el reglamento no se agotan con su ejecución.

Los reglamentos, por su relación con la leyes, pueden ser de tres clases en nuestro sistema jurídico, a saber: los de ejecución de las leyes, los autónomos y los de necesidad o de urgencia.

La potestad del Órgano Ejecutivo, denominada reglamentaria por la doctrina y por la jurisprudencia, posee una serie de límites que se derivan del principio constitucional de la “reserva de ley”, así como de la propia naturaleza de los reglamentos, particularmente los reglamentos de ejecución de ley que están subordinados a ella. Dichos actos no pueden alterar en ningún caso, ni el texto ni el espíritu de la ley que reglamentan.

Esto es así, debido a que la potestad del Órgano Ejecutivo para reglamentar cualquier ley dictada por el Órgano Legislativo, se limita a desarrollarla dentro de los límites establecidos por la propia ley reglamentada, para hacer viable su aplicación, sin cambiar su sentido, ni aumentar o disminuir su radio de acción y sin rebasar los límites de otras leyes que puedan guardar relación con la materia reglamentada. Vale acotar, que el reglamento es de

inferior jerarquía que la ley, y no puede reformarla en forma alguna, sólo puede regularla para facilitar su ejecución, sin salirse del marco que la propia ley establece y sin que la autoridad que emite el reglamento, pretenda regular alguna materia que no es de su competencia.

Respecto al carácter formal o material de los límites de la potestad reglamentaria, la Corte Suprema de Justicia de la República de Panamá, se ha manifestado en reiteradas ocasiones indicando que dicha potestad posee una serie de límites que se derivan tanto del principio constitucional de la reserva de la ley como de la naturaleza de los reglamentos, sustentando muchos de sus fallos en lo expresado por el tratadista colombiano Jaime Vidal Perdomo, cuando afirma que “la existencia de la potestad reglamentaria es inversamente proporcional a la extensión de la ley”.²⁰

En Sentencia de 27 de febrero de 2007 de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo y Laboral de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, se hizo un análisis exhaustivo de la figura jurídica de la Potestad Reglamentaria en Panamá.

Es importante destacar que esta Sala, en diversos fallos, ha declarado ilegales Decretos Ejecutivos, a través de los cuales se rebasaban los límites de la Potestad Reglamentaria (V. Fallos de 5 de octubre de 1995; 13 de julio de 2005 y 27 de diciembre de 2007)

²⁰ VIDAL, Perdomo Derecho Administrativo Edición Novena Editorial Temis Colombia 1987

En igual medida, dicha potestad tiene límites de carácter formal, en los casos que atañen a la competencia para dictar el reglamento, y de carácter material, cuando hacen relación con la limitación de la potestad discrecional de reglamentar leyes que deben ejercerse en interés público y no con abuso de desviación de poder.

Según el tratadista español FERNANDO GARRIDO FALLA, se observan algunos límites que derivan de la propia naturaleza de los reglamentos, que no pueden derogar ni modificar el contenido de las leyes formales ni de otros reglamentos dictados por autoridad de mayor jerarquía, así, los reglamentos independientes no deben limitar derechos subjetivos ni situaciones jurídicas adquiridas por los particulares, al igual que no deben regular cuestiones que por su naturaleza pertenezcan al campo jurídico privado y los derogatorios de otros reglamentos anteriores deben respetar los derechos adquiridos ²¹

En nuestro país la potestad reglamentaria de las leyes puede extenderse a diversas materias del campo jurídico privado en las cuales el Órgano Ejecutivo tenga asignado algún papel. Vale señalar que en materia que atañe exclusivamente a otro Órgano del Estado, el Órgano Ejecutivo carece de competencia para reglamentar la ley, tal como en el caso de la Carrera Judicial, que es competencia del Órgano Judicial, y es por todos conocido que sobre dicha materia el Código Judicial le otorga la potestad reglamentaria al Pleno de la Corte Suprema de Justicia y en atención a ello, la misma está reglamentada

²¹ GARRIDO, Falla Tratados de Derecho Administrativo Vol 1. Undécima Edición Editoriales Tecnos España 1989

mediante el Acuerdo 46 de 27 de septiembre de 1991 modificado por el Acuerdo 230 de 14 de junio de 2000

Por el contrario, la Potestad Discrecional otorga un margen de libertad de apreciación de la autoridad, quien realizando una valoración un tanto subjetiva ejerce sus potestades en casos concretos. Ahora bien, el margen de libertad del que goza la administración en el ejercicio de sus potestades discrecionales no es extra legal, sino por el contrario remitido por la ley, de tal suerte que, como bien lo anota el tratadista GARCÍA DE ENTERRIA, no hay discrecionalidad al margen de la Ley, sino justamente sólo en virtud de la Ley y en la medida en que la ley haya dispuesto.²²

La discrecionalidad no constituye una potestad extralegal, sino más bien, el ejercicio de una potestad debidamente atribuida por el ordenamiento jurídico a favor de determinada función, vale decir, la potestad discrecional es tal, sólo cuando la norma legal la determina de esa manera. En consecuencia, la discrecionalidad no puede ser total sino parcial, pues, debe observar y respetar determinados elementos que la ley señala

Por otra parte, la discrecionalidad no constituye un concepto opuesto a lo reglado, porque, aunque en principio parezca contradictorio, toda potestad discrecional debe observar ciertos elementos esenciales para que se considere como tal, dichos elementos son: la existencia misma de la potestad, su ejercicio dentro de una determinada extensión, la competencia de un órgano

²² GARCÍA DE ENTERRIA, E. La lucha contra las Inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo España 1972

determinado; y el fin caracterizado, porque toda potestad pública está confenda para la consecución de finalidades públicas.

4.8 Jurisprudencia y Comentarios

La Facultad Discrecional en Materia de Contratación Pública: En el Fallo de 6 de abril de 2000, se hizo un análisis jurídico del Artículo 48 de la Ley 56 de 1995, mismo que le confería a la autoridad responsable una facultad discrecional, que consistía en que el Estado se reserva el derecho de rechazar una o todas las propuestas, o de aceptar la que más convenga a sus intereses; sin embargo, la Sala Tercera enfatizó que dicha facultad o derecho reservado debe ejercerse sólo y únicamente cuando esta decisión garantice al Estado, sin lugar a dudas, un mejor y mayor beneficio. Ante tal análisis, se señaló que la entidad demandada, Banco Nacional de Panamá, al aplicar la precitada norma, motivó en forma correcta su decisión y que la misma respondió a los mejores intereses del Estado.

Comentario Personal

Es necesario destacar que la entidad demandada fundamentó su elección en la propuesta presentada por la empresa Construcciones Universales, S. A. basándose en la facultad discrecional confenda por el artículo 48 de la Ley 56 de 1995, y la Sala consideró que en este caso en particular, la decisión estuvo bien motivada y por lo que concluye que responde a los mejores intereses del Estado, puesto que la sociedad Construcciones Universales, S. A. demostró tener experiencia específicamente en la clase de trabajo que se requería en la

solicitud de precios y adicionalmente a la mayor experiencia, ofreciendo un menor precio que la sociedad D & N Asociados, S. A.

Debemos reiterar que la facultad discrecional del Estado de rechazar una o todas las propuestas o de escoger la que mejor convenga a sus intereses debe ser ejercida con cautela y únicamente en los casos en los que evidentemente representen el mayor beneficio para la entidad contratante y para el interés público, tal como la Sala ha considerado que ocurrió en el presente caso.

Por otro lado, todo acto discrecional de la administración pública es una concurrencia de elementos reglados y que se encuentran sujetos al control judicial. Consideramos que se deben reglar en parte la potestad discrecional de los órganos públicos para que motivadamente puedan emitir actos administrativos emanados del ejercicio de su competencia y discrecionalidad teniendo siempre presente el principio de legalidad y el interés público.

La motivación del acto debe comprender elementos fácticos y jurídicos claros y razonables. La entidad no puede adoptar decisiones arbitrarias o infundadas, sus actos deben ajustarse a los fines del interés público que rige el ejercicio de la función pública. El acto de la entidad está sometido a los principios generales del derecho, en particular a los principios de transparencia, publicidad, economía, debido proceso entre otros.

Resolución No.001-2012-Pleno/TAdCP de 04 de enero de 2012. El Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas en el expediente No. 132-2011, mediante Resolución No.001-2012-Pleno/TAdCP de fecha 04 de enero

de 2012, resolvió inhibirse del conocimiento del memorial contentivo de la sustanciación del Recurso de Apelación promovido por la empresa ESTUDIOS TÉCNICOS, S.A., en contra de la Resolución Ejecutiva No 217 de 7 de noviembre de 2011, dictada por el Programa de Ayuda Nacional (PAN), mediante la cual se resuelve administrativamente el Contrato No.DC-144-2011, del Proyecto No.18386, denominado “Diseño, Rehabilitación, Construcción de la Fena de Soná”.

En este proceso lo que se pretendía era presentar un escrito contentivo del Recurso de Apelación en contra de la Resolución Ejecutiva No 217 de 7 de noviembre de 2011, dictada por el Director Ejecutivo del Programa de Ayuda Nacional (PAN).

Por su parte, mediante Providencia 001-2011-TAdeCP de 2 de diciembre de 2011, el sustanciador ordenó a la Secretaría General solicitar el expediente administrativo referente al Recurso de Apelación en cuestión, el cual fue requiendo a través de Oficio No. 354-2011 TAdeCP de 5 de diciembre de 2011.

No obstante, el Director Ejecutivo del Programa de Ayuda Nacional (PAN), remitió a la Secretaría General la Nota PAN/AL-N-11-1104/7007 de 16 de diciembre de 2011, a través del cual señala fundamentalmente que de conformidad al artículo 67 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, las contrataciones que celebra el Fondo de Inversión Social, están exceptuadas de la aplicación de la Ley.

El Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas señala que el artículo 33 del Decreto Ejecutivo No.690 de 2010 dispone: **“El Director Ejecutivo podrá ordenar que determinadas contrataciones se ajusten al procedimiento de contratación pública establecido en la Ley 22 de 2006...”**.

Frente a lo señalado el Tribunal observa que la Resolución No. 115/2010 de 15 de noviembre de 2010 que resuelve adjudicar el proyecto en referencia y el consecuente contrato, ambos se fundamentan en Decreto Ejecutivo No 690 de 2010.

Señala el Tribunal que carece de competencia para conocer el Recurso de Apelación, considerando que no es aplicable la Ley 22 de 2006 a los contratos que celebre el Fondo de Inversión Social (FIS), en la actualidad Programa de Ayuda Nacional (PAN)

Comentario personal

Es necesario destacar que ante el impedimento para conocer el presente Recurso de Apelación lo pertinente es que el Tribunal redinja el mismo hacia la instancia administrativa idónea para conocer el mismo, siendo en este caso el Programa de Ayuda Nacional, de acuerdo a lo establecido en el numeral 3 del artículo 40 de la Ley 38 de 2000, que regula el procedimiento administrativo en general, cuyo tenor señala lo siguiente:

“Artículo 40. Si la petición es formulada con fundamento en el derecho constitucional de petición, se seguirán las siguientes reglas:

1.....

2.....

3. Si la autoridad ante la cual se formula una petición, estimare que carece de competencia para resolver, la remitirá a la que considere competente y comunicará tal circunstancia al peticionario, previa resolución inhibitoria, en la que se expresará las normas legales en que se funda la declinatoria de competencia y la entidad administrativa o jurisdiccional que, a su juicio, es la competente.

El artículo citado y lo expuesto en párrafos anteriores, conlleva a interpretar que la intención del legislador se sitúa a que los contratos que celebre el Fondo de Inversión Social (FIS), hoy, Programa de Ayuda Nacional (PAN), estén exceptuados de la aplicación de la Ley 22 de 2006.

4.9 Estudio Comparativo de la Ley de Contrataciones Públicas de Costa Rica y Colombia en donde exceptúan la aplicación del procedimiento de licitación en Programas de Interés Social

Costa Rica

Queremos indicar que la Ley de Contratación Administrativa de Costa Rica No 7494 reformada especialmente por las Leyes 8511 del 14 de julio de 2006 y 8701 de 13 de enero del 2009 y su reglamento Decreto No. 33411-H de 27 de septiembre de 2006 y 8701 de 13 de enero de 2009 constituyen las principales disposiciones legales aplicables al régimen jurídico de compras públicas en el país.

Constitucionalmente, la contratación administrativa se regula en el artículo 182 de la Constitución Política al disponer lo siguiente

“Artículo 182.- Los contratos para la ejecución de obras públicas que celebren los Poderes del Estado, las Municipalidades y las instituciones autónomas, las compras que se hagan con fondos de esas entidades y las ventas o arrendamientos de bienes pertenecientes a las mismas, se harán mediante licitación, de acuerdo con la ley en cuanto al monto respectivo.”

Por otro lado, existen múltiples jurisprudencias constitucionales en esta materia. Según la Sala (Voto No. 998-98), el Artículo en mención: “... desarrolla el principio general que enuncia la primera obligación constitucional en la materia de la contratación administrativa, en virtud del cual, **“toda contratación que celebre el Estado, debe tramitarse por medio del procedimiento de licitación”**”.

Por su parte, la Contraloría General de la República de Costa Rica juega un papel muy importante en las autorizaciones en los cuales son exceptuados los procedimientos de licitación.

“Artículo 2. Autorizaciones. Exclúyanse de los procedimientos de concurso establecidos en esta Ley, los siguientes supuestos autorizados por la Contraloría General de la República:

a).....

b).....

c) Otras actividades o casos específicos en los que se acrediten suficientes razones para considerar que es la única forma de alcanzar la debida satisfacción del interés general o de evitar daños o lesiones a los intereses públicos.”

Como mencionamos anteriormente, las excepciones al procedimiento deberán contener una justificación detallada de las circunstancias que lo

motivan, así como el detalle del procedimiento que se ha previsto para seleccionar al contratista

Con respecto a los proyectos de ayuda social, la República de Costa Rica, realiza sus proyectos de ayuda social por medio del Instituto Mixto de Ayuda Social (IMAS), que es una Institución autónoma con personería jurídica, creada según la Ley 4760 del 30 de abril de 1971. Su finalidad es resolver el problema de la pobreza y de la pobreza extrema del país, para lo cual deberá seguir las directrices dadas por el Poder Ejecutivo, el Plan Nacional de Desarrollo y el Plan Nacional de Lucha contra la Pobreza extrema, por medio de proyectos de ayuda social

Los procedimientos de contrataciones públicas se ajustan a la Ley General de Administración pública, tal como lo establece Artículo 17 que Reglamenta la Ley 4760

"Artículo 17. Son deberes y atribuciones del Consejo Directivo:

g) Autorizar, aprobar o declarar desiertas las licitaciones públicas conforme a la Ley.....

Colombia

La Ley de Contrataciones Públicas de Colombia es la ley 80 de 1993 que establece el "Estatuto General de Contratación de la Administración Pública" cuyo principal objetivo fue tratar de unificar la regulación aplicable a la contratación de todas las entidades estatales.

Como solución a la anarquía generada por la multiplicidad de regímenes, el legislador estableció que las entidades sometidas a regímenes excepcionales tendrían que respetar los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal previstos en los artículos 209 y 267 de la Constitución Nacional, pero esta referencia realmente no constituye una novedad puesto que son las entidades las que le dan el contenido a estos principios definiendo cuando se hará licitación pública, contratación directa y los procedimientos a seguir en cada caso.

“ARTICULO 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.”

Con respecto a los Proyectos de Ayuda Social, en la República de Colombia existen diferentes tipos de programas entre los cuales se encuentra el Fondo Financiero De Proyectos de Desarrollo (FONADE) que de acuerdo al Decreto Número 288 de 2004, tiene por objeto principal ser agente en cualquiera de las etapas del ciclo de Proyectos de desarrollo, mediante la preparación, financiación, administración y ejecución de proyectos de desarrollo.

FONADES, está adscrito al Departamento Nacional de Planeación (DNP), que a su vez es un Departamento Administrativo que pertenece a la Rama Ejecutiva del poder público y depende directamente de la Presidencia de la República.

Sus fondos o patrimonio, se encuentran integrados por los recursos que le transfiera el Presupuesto Nacional, las transferencias realizadas a cualquier título y el resultado financiero o comisiones que obtiene por los servicios que presta.

Mediante la Resolución No 131, se adopta su Manual de Actividad precontractual, contractual y post contractual de Derecho Privado.

En el mencionado manual se establecen las políticas y lineamientos generales bajo las cuales se tramitarán y celebrarán los procesos de selección de contratistas como los contratos que requiera para el desarrollo de su objeto social, sin embargo, cuando corresponda se interpretaran conforme al derecho privado y el derecho público.

Se establecen modalidades de selección del contratista, como lo son la oferta pública, la oferta cerrada, selección abreviada.

CAPITULO V. ANALISIS Y PRESENTACIÓN DE RESULTADOS

5.1 Generalidades

La existencia de un procedimiento especial de contratación pública para el programa de ayuda nacional, que desde sus inicios nace exceptuado del trámite de licitación pública, exigido como regla general en la Constitución Política de Panamá y exceptuado de la aplicación de la Ley de Contrataciones Públicas, por estar dirigido a los sectores pobres y marginados de la sociedad, los cuales requieren de soluciones rápidas a través de procedimientos simplificados, es decir, lo que prima es el interés social.

Ahora bien, nos encontramos ante un procedimiento especial que ha sido modificado en reiteradas ocasiones por el gobierno en turno.

Es necesario que conozcamos un tema tan importante, como lo es el procedimiento especial aplicado al Programa de Ayuda Nacional, que debe ser motivo de mucho análisis, en virtud que la norma le otorga facultad decisoria a la Administración que da al traste con un proceso transparente

En este capítulo se muestran los resultados de la investigación, que comprende el análisis e interpretación de resultados.

Las encuestas y entrevistas, representan una herramienta muy importante por que a través de ellas se puede tener acceso a información relacionada con los comentarios y opiniones del público en general y de las personas que allí laboran.

La organización es la siguiente:

1. Se formula la pregunta.
2. El objetivo por el cual se formuló la pregunta.
3. La tabla con la frecuencia y porcentaje de las respuestas.
4. Se presenta el gráfico, donde se muestran los porcentajes alcanzados.
5. Análisis e interpretación de los datos.

Tabulación de los Datos.

Después de haber administrado los instrumentos de recolección de datos, a los servidores públicos que laboran en el Programa de Ayuda Nacional, los fiscalizadores de la Contraloría General de la República, los abogados en ejercicio y los ciudadanos en general, se realizó la tabulación de los datos, analizando los Cuestionarios contestados para posteriormente presentarlos en un gráfico de pastel con su respectivo análisis.

Análisis e Interpretación de Resultados.

Se tuvo la participación de 15 servidores públicos que laboran en el Programa de Ayuda Nacional, 3 fiscalizadores asignados por la Contraloría General de la República, 5 abogados en ejercicio y 15 ciudadanos en general, de los cuales contestaron los cuestionarios con preguntas abiertas y una encuesta con preguntas abiertas y cerradas, mostrando los resultados en una tabla simple con el detalle, frecuencia y porcentaje de los datos obtenidos.

Estos datos se representarán en gráficas circular con su respectivo análisis donde se interpretarán los resultados de la encuesta y entrevista dirigida a los servidores públicos que laboran en el Programa de Ayuda Nacional, los fiscalizadores de la Contraloría General de la República, los abogados en ejercicio y los ciudadanos en general.

La conclusión es un juicio razonado, basado en la síntesis de los resultados, sustentado por el análisis de los datos.

En las opiniones vertidas por los entrevistados existen similitudes y diferencias, en cuanto a la transparencia del procedimiento especial utilizado por el Programa de Ayuda Nacional, en virtud que se encuentra exceptuado del trámite licitatorio y de que no son publicadas en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas PanamáCompra, porque la administración tiene la discreción de publicarlos en éste sistema electrónico o en la página web del Programa de Ayuda Nacional, permaneciendo visible al en los lugares destinados en las instalaciones de la entidad.

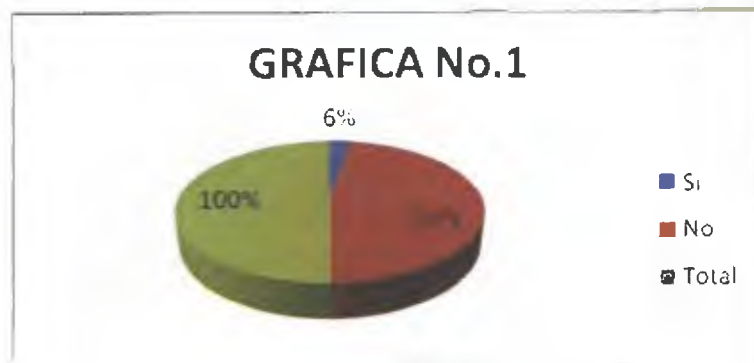
5.2 Cuestionarios

Esta pregunta se encuentra dirigida a los servidores públicos que laboran en el Programa de Ayuda Nacional, los fiscalizadores de la Contraloría General de la República, los abogados en ejercicio y los ciudadanos en general

1. Es transparente el procedimiento especial de contratación pública?

Objetivo: Valorar la opinión de los servidores públicos que laboran en el Programa de Ayuda Nacional, los fiscalizadores de la Contraloría General de la República, los abogados en ejercicio y los ciudadanos en general, con respecto a la aplicación del principio de transparencia en el procedimiento especial de contrataciones públicas.

Detalle	Frecuencia	Porcentaje
Si	2	6%
No	33	94%
Total	35	100%



Análisis e Interpretación: El 6% de los servidores públicos que laboran en el Programa de Ayuda Nacional, los fiscalizadores de la Contraloría General de la República, los abogados en ejercicio y los ciudadanos en general que fueron encuestados consideran que si es transparente el

procedimiento especial de contratación pública utilizado por el Programa de Ayuda Nacional, sin embargo, el 94% de los encuestados consideran que no es transparente este procedimiento debido a que sus contrataciones se encuentra exceptuadas del trámite licitatorio, adicional a ello, porque no son publicados en el Sistema Electrónico de Contrataciones Publicas denominado PanamáCompra.

2. ¿Considera de gran importancia que el programa cuente con un procedimiento especial de contratación de obras, servicios y suministros objetivo?

Objetivo: Conocer la opinión de los encuestados(servidores públicos que laboran en el Programa de Ayuda Nacional, los fiscalizadores de la Contraloría General de la República, los abogados en ejercicio y los ciudadanos en general) con respecto a la importancia en contar con un instrumento jurídico que garantice la transparencia y objetividad en los procedimientos de selección de contratistas.

Detalle	Frecuencia	Porcentaje
Si	35	100%
No	0	0%
Total	35	100%



Análisis e Interpretación: El 100% de los servidores públicos que laboran en el Programa de Ayuda Nacional, los fiscalizadores de la Contraloría General de la República, los abogados en ejercicio y los ciudadanos en general encuestados consideran que es importante que el programa cuente con un procedimiento especial de contratación de obras, servicios y suministros, que conlleve a procesos transparentes y objetivos. Con esto se disminuirá la vulnerabilidad en sus contrataciones y mejorará la imagen del Programa.

3. ¿Está de acuerdo en limitar y/o contralar la discrecionalidad administrativa de la que goza actualmente la entidad?

Objetivo: Valorar la opinión de los encuestados con respecto de establecer límites en las facultades discrecionales otorgadas por la norma para la aplicación del procedimiento especial de contratación de obras, servicios y suministros.

Detalle	Frecuencia	Porcentaje
Si	25	71%
No	10	29%
Total	35	100%



Análisis e Interpretación: El 71% de los servidores públicos que laboran en el Programa de Ayuda Nacional, los fiscalizadores de la Contraloría General de la República, los abogados en ejercicio y los ciudadanos en general encuestados consideran que los proyectos realizados por la entidad, se encuentran orientados en atender las necesidades socioeconómicas de la población por lo que requieren una respuesta rápida y expedita situación que conlleva a la administración utilizar un procedimiento especial de contratación, no obstante, para no poner en duda la adjudicación de sus contrataciones señalan los encuestados que es necesario que se limite esta facultad discrecional por la forma político que rodea la institución. No obstante el 29% señalan que no se debe

limitar esta facultad discrecional debido a que las contrataciones que se realizara requieren que se manejen en forma expedita.

4. ¿Considera usted que debe reformarse el Decreto Ejecutivo que crea dicho programa?

Objetivo: Evaluar las respuestas de los encuestados con respecto a su opinión de modificar la norma legal que regula el programa.

Detalle	Frecuencia	Porcentaje
Si	30	86%
No	05	14%
Total	35	100%



Análisis e Interpretación: El 86% de los servidores públicos que laboran en el Programa de Ayuda Nacional, los fiscalizadores de la Contraloría General de la República, los abogados en ejercicio y los ciudadanos en general que fueron encuestados consideran que debe reformarse el

Decreto Ejecutivo No.690 de 2010, que crea el Programa de Ayuda Nacional; por un instrumento jurídico que permita realizar procedimientos especiales transparentes y objetivos en sus contrataciones públicas. Sin embargo, el 14% de los encuestados considera que las contrataciones públicas realizadas por esta entidad no debe estar exceptuado del trámite de licitación, es decir, que se debe aplicar el Texto Único de la Ley 22 de 2006 que rige para todos los procedimientos de Contrataciones Públicas que realice el Estado.

5.3 Entrevistas

Entrevista dirigida a los servidores públicos que laboran en Departamento de Adquisiciones del Programa de Ayuda Nacional.

Fecha Abril 2013

Hora 10:00 a.m.

Lugar Oficinas del Programa de Ayuda Nacional

3 minutos Abril la entrevista y presentación

Agradecer a los entrevistados por el tiempo prestado para realizar esta entrevista

Presentar el propósito de la entrevista: Conocer como se aplica el procedimiento especial de contratación pública actualmente utilizado.

1 minuto ¿Cual es el mecanismo de selección de contratista utilizado?

Todos los servidores públicos entrevistados expresaron que el mecanismo de selección de contratista utilizado es el mecanismo denominado "invitación directa".

2 minutos Quienes participan en este mecanismo de selección de contratista?

En este procedimiento de contratación solo intervienen las personas o sociedades seleccionadas o invitadas por la entidad.

2 minutos Quien realiza esta invitación?

La norma le da esta facultad al Director del Programa en escoger el mecanismo de selección de contratista y el de seleccionar a las personas o sociedades para participar

3 minutos En que consiste este mecanismo de selección de contratista denominado "invitación directa"?

Es el procedimiento de contratación en el que solamente intervienen como proponentes las personas o empresas expresamente invitadas por la entidad, los cuales presentan su oferta en base al precio de referencia señalado

2 minutos Las convocatorias para la celebración de compras o contrataciones se realizan por el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas PanamáCompra o en la página web del Programa?

Permanece visible al público en los lugares destinados para anuncios y notificaciones. Es opcional utilizar el Sistema Electrónico de Contratación Pública PanamáCompra.

2 minutos Las propuestas presentadas por los proponentes cuentan con Fianza de Propuesta que garantice la oferta presentada?

No es un requisito solicitar la Fianza de Propuesta en el mecanismo de selección de contratista

Total 15 minutos.

Conclusiones: Una vez realizado el análisis e interpretación de los resultados se comprobó la hipótesis planteada que se relacionaba con la necesidad de modificar el Decreto Ejecutivo que crea el Programa de Ayuda Nacional (PAN), debido a que se le otorga a la administración amplias facultades en seleccionar el procedimiento de contrataciones públicas para realizar sus compras o contrataciones, los cuales carecen de transparencia, objetividad y formalidad, que garanticen a la administración y al administrado obtener los mejores beneficios para el interés social.

CAPITULO VI. PROPUESTA

6.1 Exposición de Motivos

Desde el 30 de mayo de 1990 en que se creó el Fondo de Emergencia Social (FES), nuestro país ha demostrado la necesidad de un sistema de respuesta rápida a las necesidades sociales, prueba de ello es que este programa se ha mantenido durante aproximadamente 22 años de periodo post dictadura como una herramienta de asistencia de las necesidades sociales del País; etapa histórica y jurídica, que definitivamente requiere de una manera urgente e inmediata una reforma estructural y funcional, en virtud de que algunas normas que están insertadas en la reglamentación permiten que sus contrataciones se manejen en forma política poniendo en duda la objetividad en sus adjudicaciones.

El Órgano Ejecutivo en el año 2010 transformó el Fondo de Inversión Social (FIS) en Programa de Ayuda Nacional (PAN), debido a los numerosos escándalos de corrupción que estuvo rodeando esta Institución, sin embargo, este cambio, más que mejorar la imagen de esta Institución, ha dado lugar a un aumento en el desprestigio de la misma, por la forma discrecional y política en que manejan sus contrataciones.

Siendo este el tema principal que nos conmina a realizar este trabajo, es nuestra labor en presentar lo que para nosotros debería ser un documento legal; es por ello que consideramos fundamental reforzar esta Institución dándole fuerza de Ley y mejorando los controles a fin de lograr que sus procesos se den

en forma transparente y evitar el sesgo político del que siempre se le ha censurado.

6.2 Propuesta de Anteproyecto de Ley

Anteproyecto de Ley No.

(De de de 2013)

(Mediante la cual se crea el Programa de Ayuda Nacional (PAN))

DECRETA:

Artículo 1. Créase el Programa de Ayuda Nacional (PAN), adscrito al Ministerio de la Presidencia, con los siguientes objetivos:

1. Concentrar los esfuerzos del Estado a la atención de las necesidades socioeconómicas de la población más necesitada, con el objetivo de lograr descender el nivel de pobreza,
- 2 Lograr el desarrollo sostenible de las comunidades marginadas y rurales, que carecen de los servicios básicos,
3. Brindar oportunidades de capacitación, con énfasis en grupos pobres y marginados, con el fin de satisfacer sus necesidades básicas,
4. Fortalecer la capacidad de autogestión de sectores informales de la economía y de los grupos más necesitados,
5. Contribuir a la expansión y al mejoramiento de la infraestructura económica y social,

6 Promover y fortalecer la capacidad de gestión de los Organismos No Gubernamentales que tengan como objetivo la promoción social, deportiva, cultural y económica,

7. Fortalecer las estructuras de los gobiernos provinciales, locales y de las agrupaciones naturales en las comunidades, para aumentar su capacidad de atender las necesidades de su población,

8. Responder a las demandas de las poblaciones no resueltas por programas sociales vigentes e invertir en obras de interés social de los programas de la Presidencia de la República,

9. Promover y realizar proyectos de asistencia social, beneficencia y apoyo en las comunidades estimulando su organización y participación, y

10. Promover la inversión en proyectos de interés social, fortalecer la participación ciudadana en los programas del Programa de Ayuda Nacional (PAN), procurar que las actividades y programas de este organismo logren el desarrollo humano sostenible y el mejoramiento de la calidad de vida de las comunidades de escasos recursos

²³Artículo 2. Definiciones.** Para efectos de esta Ley, las palabras y términos contenidos en este artículo se entenderán así:

²³ ** Propuesta (Artículo modificado)

Adjudicación: Acto por el cual la entidad licitante determina, reconoce, declara y acepta la propuesta más ventajosa, con base a la Ley, los reglamentos y el pliego de cargos, le pone fin al procedimiento contractual.

Contratación por Invitación Directa: Mecanismo excepcional de contratación en que intervienen como oferentes solo las personas o entidades expresamente invitadas o seleccionados por el Administrador, que son los únicos a quienes se les solicita la oferta. Es un pedido de ofertas dirigidas a empresas o personas determinadas discrecionalmente para cada caso.

Pliego de Cargos: Conjunto de requisitos exigidos unilateralmente por la entidad licitante en los procedimientos de selección de contratistas para el suministro de bienes, construcción de obras públicas o la prestación de servicios, incluyendo los términos y las condiciones del contratista y el procedimiento que se va a seguir en la formalización y ejecución del contrato.

Artículo 3. El Programa de Ayuda Nacional (PAN), contará con un Consejo Directivo integrado por:

1. El Ministro o Viceministro de la Presidencia, o quien el Ministro designe, quien lo presidirá,
2. El Ministro o Viceministro de Obras Públicas, o quien el Ministro designe,
3. El Ministro o Viceministro de Educación, o quien el Ministro designe,
4. El Ministro o Viceministro de Desarrollo Social, o quien el Ministro designe,
5. Un representante de la Asamblea Nacional o su respectivo suplente, y

6 El Director Ejecutivo del Programa de Ayuda Nacional (PAN), quien fungirá como Secretario

Artículo 4. Son funciones del Consejo Directivo del Programa de Ayuda Nacional (PAN), las siguientes:

1. Establecer las políticas generales, planes y proyectos anuales del PAN,
2. Aprobar el presupuesto anual del PAN,
3. Aprobar la estructura, el reglamento interno y los procedimientos de operación y de funcionamiento del PAN,
4. Fiscalizar y evaluar la ejecución de los planes y proyectos del PAN,
5. Aprobar los proyectos cuya cuantía sea mayor de trescientos mil balboas (B/.300,000.00),
6. Emitir concepto sobre los informes periódicos presentados por el Director Ejecutivo del PAN.

Artículo 5. El Consejo Directivo se reunirá, por lo menos, una (1) vez al mes, y de manera extraordinaria, las veces que sea convocado por su Presidente.

Artículo 6. El Programa de Ayuda Nacional (PAN), será administrado por un Director Ejecutivo, nombrado por el Presidente de la República, y tendrá las siguientes funciones.

- I. Ejecutar las políticas establecidas por el Consejo Directivo,

2. Someter a la consideración del Consejo Directivo la estructura orgánica, el reglamento interno y el presupuesto del PAN,
- 3 Negociar los recursos que serán utilizados para el financiamiento de los programas y proyectos del PAN,
- ^{24**}4. Administrar los recursos asignados al PAN, tramitando su ejecución de forma expedita, de acuerdo a criterios discrecionales para garantizar que la misma se realice con transparencia, economía, eficiencia y celeridad, lo cual incluye suscribir convenios de administración con entidades u organizaciones, para ejecutar proyectos, cuya monto en contraprestación no debe ser superior al 5% del monto ejecutado del Proyecto que corresponda.
- 5 Aprobar los proyectos y contratos cuyos montos sean inferiores a trescientos mil balboas (B/.300,000.00),
6. Celebrar los contratos y rescindirlos, de acuerdo a los mejores intereses,
7. Ejecutar los pagos que realice el PAN,
- 8 Presentar al Consejo Directivo informes periódicos sobre la gestión del PAN,
- 9 Delegar funciones,
- 10 Ejercer todas las demás funciones y deberes que le señala el presente Decreto Ejecutivo, los reglamentos, así como aquellas que autorce el Consejo Directivo.

²⁴ **Propuesta (Artículo Modificado)

24Artículo 7:** Para ser Director Ejecutivo del Programa de Ayuda Nacional (PAN) se requiere:

1. Ser de nacionalidad panameña
2. Haber cumplido treinta y cinco años de edad.
3. Poseer título universitario y experiencia comprobada en el área de administración pública.
4. No haber sido condenado por el Órgano Judicial por delito doloso.
5. No tener parentesco dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad con los miembros de la Junta Directiva

25Artículo 8.** El Programa de Ayuda Nacional (PAN), contará con una Oficina de Control Administrativo, encargada de verificar que los procesos de compra y contrataciones se realicen conforme a las disposiciones legales aplicables.

Artículo 9. Los funcionarios del Programa de Ayuda Nacional (PAN) están obligados a procurar el cumplimiento de los fines de la contratación, vigilar la correcta ejecución de los contratos adjudicados y proteger los derechos y objetivos del Programa, sin perjuicio de los intereses legítimos de los contratistas y terceros. Además, serán responsables administrativamente por sus actuaciones y omisiones antijurídicas, sin perjuicio de las responsabilidades penales y civiles que puedan derivarse de estas.

²⁵ **Propuesta (Artículo modificado)

Artículo 10. El Programa de Ayuda Nacional (PAN), tendrá una vigencia indefinida, de tal forma que sea compatible con los plazos de ejecución de los convenios de préstamos o donación que reciba para los proyectos de desarrollo humano que el Gobierno Nacional le asigne

Artículo 11. El patrimonio del Programa de Ayuda Nacional (PAN), estará constituido por los aportes, las partidas y los subsidios que se le asigne en el Presupuesto de Ingresos y Gastos de la Nación, al igual que por los fondos provenientes de préstamos y donaciones de personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, entidades financieras y organismos internacionales, así como los legados y las herencias, que serán aceptados a beneficio de inventario

Artículo 12. Los subsidios, las aportaciones, las donaciones y los legados de las personas naturales y jurídicas serán deducibles a favor de los contribuyentes en el cálculo del impuesto sobre la renta para los efectos fiscales del artículo 697 del Código Fiscal, y deben ser de conocimiento público.

Artículo 13. La administración, el manejo y la transferencia de las partidas presupuestarias destinadas al funcionamiento del PAN, así como el control del uso de las sumas transferidas, estarán sujetos a la fiscalización de la Contraloría General de la República, de conformidad con las disposiciones legales vigentes.

Artículo 14. El Programa de Ayuda Nacional podrá hacer uso de los procedimientos de selección de contratistas previstos en el Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006. Igualmente podrá utilizar el mecanismo de

Invitación Directa para la contratación de servicios y obras, así como para la adquisición de bienes y suministros.

Artículo 15. Todas las solicitudes, asignaciones y entregas de obras que se hagan a través del Programa de Ayuda Nacional (PAN) deben hacerse públicas, a través del Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas PanamáCompra, la Página web de la institución y de la Secretaría Nacional de Transparencia y actualizarse obligatoriamente cada mes.

²⁶Contratación por Invitación Directa**

****Artículo 16.** En el mecanismo de invitación directa se solicitarán propuestas de precio únicamente a los proveedores inscritos en el registro de proponente que tengan negocios de naturaleza similar a los que son objetos de la contratación.

****Artículo 17.** La invitación directa tiene las siguientes características:

1. La publicación de la convocatoria será exclusivamente para los proponentes invitados que serán un mínimo tres (3) proponentes, no obstante, aquellos interesados que hayan tomado del procedimiento por invitación directa podrán participar, aun sin haber sido invitados, procurando ampliar el margen de participación de mayor número de oferentes.
- 2 La apertura de propuestas se hará en la fecha, hora y lugar establecido en el Pliego de Cargos

²⁶ **Propuesta (Artículo Modificado)

3. Llegada la hora de que trata el numeral anterior no se recibirán más propuestas y se procederá a abrirlas, una a la vez, y a leerlas en voz alta
4. Quien presida el acto rechazará de plano, las propuestas que no estén acompañadas de la fianza de propuesta. Igualmente rechazará las propuestas acompañadas de fianzas con montos o vigencias inferiores a los establecidos en el pliego de cargos

La presente disposición es de carácter restrictivo, por lo que en ningún caso podrán ser rechazadas propuestas por causas distintas a las señaladas. Contra el acto de rechazo no cabe ningún recurso.

5. Terminada la lectura de las propuestas, quien presida levantará un acta, que deberá ser firmada por todos los participantes, dejando constancia de las propuestas en el orden que hayan sido leídas, con expresión del precio propuesto, el nombre de los proponentes y el nombre y cargo que ejercen los que hayan participado en el acto. Cuando algún proponente se niegue a firmar o se haya retirado del acto sin firmar, se dejará constancia de ello
6. Concluido el acto público, se unirán al expediente las propuestas y las fianzas presentadas. Las fianzas de propuesta de los proponentes no favorecidos serán devueltas.
7. No se considerarán para la adjudicación las propuestas condicionadas.

8. Cumplidas las formalidades establecidas por la presente Ley, previa resolución motivada, se adjudicará el acto al proponente que presente el precio más bajo y cumpla con los requisitos del pliego de cargos, siempre que su propuesta no sea riesgosa u onerosa en los términos que defina dicho documento.

Artículo 18. Las propuestas se presentarán de conformidad con lo establecido en el Pliego de Cargos y las que no cumplan no serán consideradas para la adjudicación.

Artículo 19. Cuando la cuantía del acto público sea superior a la suma de treinta mil balboas (B/ 30,000.00), el Programa de Ayuda Nacional (PAN), establecerá en el pliego de cargos una comisión evaluadora constituida por profesionales idóneos de la entidad, para ponderar los aspectos técnicos, económicos, administrativos y financieros presentados por los proponentes aplicando la metodología de evaluación descrita en el pliego de cargos.

^{27**}**Artículo 20.** El informe de evaluación será publicado electrónicamente en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas PanamáCompra, la Página web de la institución y de la Secretaría Nacional de Transparencia.

El Director Ejecutivo del Programa de Ayuda Nacional (PAN), una vez analizadas las observaciones seleccionará al contratista que cumpla con los términos y condiciones establecidos en el pliego de cargos y que presente la propuesta económica más ventajosa para el Estado.

^{27**}Propuesta (Artículo modificado)

28Artículo 21.** Las personas agraviadas con la adjudicación podrán interponer el recurso de reconsideración, dentro de un plazo de cinco (5) días hábiles, contados a partir de la notificación o publicación de la resolución de adjudicación, según corresponda y recurso de apelación ante el Consejo Directivo, dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de la Resolución que resuelva el contrato administrativo. El recurrente podrá renunciar al recurso de reconsideración e interponer directamente el de apelación, previo a ejercer la acción Contenciosa Administrativo

Artículo 22 Los vacíos de esta Ley se llenarán mediante la aplicación del Texto Único de la Ley 22 de 2006, sobre contrataciones públicas.

Artículo 23. El Director Ejecutivo podrá ordenar que determinadas contrataciones se ajusten al procedimiento de contratación pública establecido en la Ley 22 de 2006, siempre que no se trate de contrataciones de urgencia evidente, seguridad ciudadana, urgente interés local, de beneficio social o comunitario.

Artículo 24. El presente Ley deroga en todas sus partes el Decreto Ejecutivo No. 690 de 22 de julio de 2010 y toda disposición que le sea contraria

Artículo 25. Esta Ley comenzará a regir el día siguiente de su promulgación.

COMUNÍQUESE Y CUMPLASE

CONCLUSIONES

La doctrina extranjera y panameña, ha resaltado la importancia de respetar los principios fundamentales de contratación pública los cuales constituyen orientaciones que deben guiar la actividad para que la acción de la administración se dirija a obtener la finalidad de las normas constitucionales y legales.

La característica básica que distingue el contrato público con cualquier otro tipo de contrato es la cualidad que el mismo se lleva a cabo para realizar o ejecutar un interés colectivo, aparte de que queda sometido a normas jurídicas administrativas especiales.

La contratación pública es el conjunto de actividades de la administración tendientes a satisfacer las necesidades de la población a través del acuerdo con algún particular, siguiendo los procedimientos establecidos en el cuerpo legal respectivo.

A través del Decreto Ejecutivo 690 de 22 de julio de 2010 el Órgano Ejecutivo propone la creación del Programa de Ayuda Nacional (PAN), adscrito al Ministerio de la Presidencia, para la aplicación de las políticas de desarrollo social dirigida a los sectores pobres y marginados de la sociedad, que procure la atención de sus necesidades socioeconómicas y ejecute proyectos de asistencia social, que beneficien a la comunidad, a través de procesos transparentes

La norma le confiere en forma expresa a la Administración del Programa de Ayuda Nacional (PAN), la facultad de decidir que mecanismo de selección de contratista aplicará en la expresión “podrá” que sería el operador permissivo contenido en el Decreto.

El mecanismo de “invitación directa” es el procedimiento de contratación en que intervienen como oferentes solo las personas o entidades expresamente invitadas o seleccionados por el Administrador, que son los únicos a quienes se les solicita la oferta. Es un pedido de ofertas dirigidas a empresas o personas determinadas discrecionalmente para cada caso.

Es de gran importancia limitar la facultad discrecional que otorga la norma, máxime en aquellos casos en donde se invoquen conceptos indeterminados como lo son urgencia evidente, seguridad ciudadana, urgente interés local, de beneficio social o comunitario

En las compras o contrataciones a través del mecanismo de “invitación directa” el recurso de reconsideración agota la vía gubernativa dando paso a la jurisdicción contencioso administrativa, por lo tanto, hay que tener en cuenta la oportunidad legal que tiene la persona agraviada para impugnar el acto administrativo

El concepto de discrecionalidad administrativa es motivo de suspicacia por parte de la ciudadanía en general, cuando se trata esencialmente en el manejo de la cosa pública, puesto que conlleva a la toma de decisiones de índole personal, interpretaciones unilaterales y motivo de falta de transparencia.

La Potestad Discrecional otorga un margen de libertad de apreciación de la autondad, quien realizando una valoración un tanto subjetiva ejerce sus potestades en casos concretos. Ahora bien, el margen de libertad del que goza la administración en el ejercicio de sus potestades discrecionales no es extra legal, sino por el contrario remitido por la ley, de tal suerte que, como bien lo anota el tratadista GARCÍA DE ENTERRIA, no hay discrecionalidad al margen de la Ley, sino justamente sólo en virtud de la Ley y en la medida en que la ley haya dispuesto

El elemento que permite diferenciar la potestad discrecional de la arbitranedad constituye la motivación, ya que en cualquier acto discrecional, la autoridad está obligada a expresar los motivos de su decisión, cosa que no ocurre con la arbitranedad, pues resulta absurdo exigir una motivación a quien actúa al margen de la ley.

El elemento que permite diferenciar la potestad discrecional de la arbitrariedad constituye la motivación, ya que en cualquier acto discrecional, la autondad está obligada a expresar los motivos de su decisión, cosa que no ocurre con la arbitrariedad, pues resulta absurdo exigir una motivación a quien actúa al margen de la ley.

Concluimos señalando que una de las grandes preocupaciones fundamentales del derecho administrativo ha sido la limitación jurídica de la discrecionalidad administrativa. Por lo tanto, el principio fundamental que

prevalece hoy día, es el de que ningún acto jurídico debe estar exento del control jurisdiccional. Es importante que todos los administrados estemos dispuestos a defender la juridicidad de la actividad administrativa, para que así se pueda evitar la extralimitación de los funcionarios públicos en el ejercicio de los poderes discrecionales. Ello es así, ya que la tentación del poder discrecional puede causar corrupción entre los servidores públicos si no se ponen en ejecución diversas técnicas para controlarlos.

RECOMENDACIONES

Al culminar el Trabajo de Graduación denominado “Procedimiento Especial para el Programa de Ayuda Nacional”, y luego de analizar la temática de manera integral,, estamos en condiciones de exponer algunas recomendaciones, lo cual hacemos del modo siguiente:

- Limitar la potestad discrecional otorgada a la Administración por medio del procedimiento especial reglamentario con que ha ejecutado sus funciones el PAN
- Adoptar una política de restricción en materia de contratación por invitación directa, por lo que recomendamos que mediante Ley formal se organice este ente estatal para evitar que el Órgano Ejecutivo lo conforme a su manera.
- Adoptar una campaña masiva y permanente de capacitación para los servidores públicos (abogados, administrativos, jefes de compra, administradores y demás), cooperando proactivamente con los titulares de las entidades públicas.

BIBLIOGRAFIA

OBRAS

ALVAREZ GENDING, Sabino. Tratado General de Derecho Administrativo. Barcelona, Bosh, Casa Editorial, 1998.

ARAÚZ, Herberto. Curso de Derecho Procesal Administrativo/La Jurisdicción Contencioso Administrativo en Panamá. Universal Books. Panamá. 2001. Pág. 203.

BARSALLO, Pedro. Apuntes de Derecho Procesal Universidad de Panamá. Panamá Pág. 123.

BENAVIDES PINILLA, Víctor Leonel. Derecho Administrativo Iberoamericano Vol.2 Flonda 2009.

BERCAITZ, Miguel Ángel. Teoría General de los Contratos Administrativos. 2da. Ed. Buenos Aires. Ediciones Desalma. 1990.

CEDEÑO ALVARADO, Ernesto. Texto Único de la Ley No. 22 de 2006 y Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Relacionada. Panamá. 2013.

FRAGA, Gabino .: Derecho Administrativo. Editorial Porrúa, S.A México, D.F. 1971.

GARCÍA DE ENTERRÍA E.: La Lucha contra las Inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo, en Revista de Administración Pública, No. 38, Madrid, España, 1972

GARRIDO FALLA., F. **Tratados de Derecho Administrativo**, Volumen 1, Undécima Edición, Editorial Tecnos, Madrid, España, 1989.

PALACIOS, Luis Alberto. **Derecho Administrativo**. Volumen 2 Segunda Edición. Universidad de Panamá. 2002. Pág. 3 y 4

PALACIOS, Luis Alberto. **Derecho Administrativo**. Tomo I. Imprenta Universitaria. Panamá 2005. Pág. 131

RAMIREZ, Libardo. **Derecho Administrativo** Décima Edición. Editorial Temis Santa Fé de Bogotá-Colombia. 2000. Pág. 446

RAMÍREZ Zapata, J. H.. **Curso de Derecho Administrativo General**, Segunda Edición, Imprenta del Departamento de Cali, Santiago de Cali, Colombia, 1973

POZO CHAMORRO. **Derecho Administrativo**. Mi Ecuador, Diario de Circulación Nacional. Guayaquil, Ecuador.

VIDAL PERDOMO, J : **Derecho Administrativo**, Novena edición, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1987.

REVISTAS

Revista Transparencia y Cambio. Volumen 3. Panamá. 2007. Consejo Nacional de Transparencia contra la Corrupción (CNTCC).

LEYES Y DECRETOS EJECUTIVOS

Ley No. 38 de 31 julio de 2000, **·Que aprueba el estatuto orgánico de la Procuraduría de la Administración, regula el Procedimiento Administrativo General y dicta disposiciones especiales”.**

Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, **“Que regula la Contratación Pública en Panamá”.**

Decreto Ejecutivo No.146 de 30 de mayo de 1990 (GO 21,554 de 8 de junio de 1990) **el Órgano Ejecutivo estableció formalmente el Programa de Acción Social (PAS) y crea un organismo administrativo denominado Fondo de Emergencia Social (FES),** adscrito al Ministerio de la Presidencia.

Decreto Ejecutivo 690 de 22 de julio de 2010 el Órgano Ejecutivo propone la creación del **Programa de Ayuda Nacional (PAN),** adscrito al Ministerio de la Presidencia